دكتور
عبد اللطيف محمد عامر

من نظريات الفقه الإسلامى
(نظرية الحق – نظرية العقد)

٢٠٠٦م

بسم الله الرحمن الرحيم

.... واشهدوا إذا تبايعتم .. ولايضار كاتب ولا
شهيد .. وإن تفعلوا فإنه فسوق بكم .. واتقوا الله
ويعلمكم الله والله بكل شئ عليم

(البقرة / ٢٨٢)

ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود

(المائدة / ١)

مدخل الى دراسة النظريات الفقهية

(دراسة تمهيدية)

[illegible]

النظرية الفقهية هى التصور المجرد الجامع للقواعد العامة الضابطة للاحكام الفرعية الجزئية.

ويمكن استخلاصها بالفكر المنطقى أو من استقرار الاحكام الفرعية كما يوصف تصور النظرية بالتجريد لأنه يحاول التخلص من الواقع التطبيقى لينفذ الى ما وراءه من فكرة تحكم هذا الواقع[1].

ولقد جاء الاسلام دعوة شاملة تنظم علاقة الانسان بالله من جهة وعلاقة الانسان بالانسان من جهة اخرى.

والعلاقة الاولى هى ما يمكن ان نسميها "العبادات" والعلاقة الثانية هى ما يمكن ان نسميها "المعاملات".

وهاتان العلاقتان مجتمعتين – هما خلاصة الدين وغايته .

وفى سبيل تنظيم هاتين العلاقتين لم يكن القرآن الكريم – وهو المصدر التشريعى الاول كما ذكرنا قبل ذلك – يعنى بصياغة النظريات وتقنينها بقدر عنايته بالدعوة الشمولية الى المبادئ العامة التى جاء بها، وأخذ الناس الى الايمان بها نظريا وتطبيقها عمليا.

---

(١) د/ جمال الدين عطية : التنظير الفقهي/٩.

وكانت السنة النبوية تعنى بشرح المبادئ التى جاء بها القرآن وتفصلها للناس بقدر حاجتهم الى ادراكها وقدرتهم على استيعابها.

وكانت الناحية التطبيقية ايضا موضع عناية الرسول صلى الله عليه وسلم وهو يوجز هذا المنهج التطبيقى حين يسأل أحد الصحابه : قل لى فى الاسلام قولا لا أسأل فيه احدا بعدك.

حيث يجيبه : "قلت آمنت بالله ثم استقم".

ثم كان دور الفقهاء المجتهدين فى الاسلام ان يستنبطوا الاحكام من النصوص ومن الوقائع والنوازل، وان يطبقوها على الحالات التى تعرض للناس فى حياتهم، وان يصوغوا ذلك احكاما جزئية لحالات خاصة احيانا، وقواعد كلية لحالات عامة احيانا اخرى.

وكانت الاطوار التاريخية التى مر بها الفقه الاسلامى والمذاهب الفقهية التى اسسها الأئمة واجتمع حولها الانصار من عوامل بلورة القواعد والنظريات الفقهية التى امتزج فيها روح التشريع بواقع الحياه وظروف الناس.

كما كانت الصياغة النظرية لمجموعة الاستنباطات الفقهية احيانا تمثل "فلسفة" لتطبيق الاحكام لا مجرد عرض لهذه الاحكام واعتقد ان ذلك هو

مايقصد من وراء صياغة النظريات وعرضها فى أى عصر من العصور التشريعية والقانونية.

ومن الملاحظ ان كتب الفقه تعنى بأحكام الفروع ، ولا تعنى كثيراً بالنظريات الفقهية.

ولكن اذا تتبعنا الاحكام الفرعية التى تزدحم بها كتب الفقه فإننا نستطيع ان نستدل على وجود نظرية عامة تنتظم هذه الاحكام ، ومن أجل استخراج هذه النظريات الفقهية وصياغتها صياغة قانونية، فان علينا ان نتجه الى كتب اصول الفقه ، وكتب السياسة الشرعية والقواعد الفقهية وتخريج الفروع على الاصول ، فسنجد فى هذه الاصول الشرعية ما يمكن أن نطلق عليه (النظريات العامة فى الفقه الاسلامي).

ولقد اتضحت هذه النظريات حين إتسعت البحوث القانونية فى العصر الحديث، وعنى الفقه القانونى باستخلاص النظريات الفقهية من القانون وصياغتها على شكل قواعد ومباديء عامة.

ووجد لـون مـن الفقه المقارن يربط النظرية الفقهية بالقوانين المختلفة.

وكان لابد للباحثين المتعمقين ان يجعلوا الفقه الاسلامى وجها رئيسيا من وجوه البحث والمقارنة، حيث ان شريعة الاسلام مصدر تشريعى له مبادئه

الراسخة ونظرياته العريقة.

كما كان لابد للباحثين والمجتهدين فى الفقه الاسلامى ان يقننوا آراءه فيستخلصوها فى قواعد ونظريات ان تأخرت صياغتها احيانا لعدم الحاجة اليها، فإن مضمونها قديم قد احاطوه بالعناية والبحث والاستنباط [1]. ومع ذلك فليست هناك ضرورة لربط كل النظريات القانونية بالنظريات الفقهية، وليس هناك مبرر لإلزام احدهما بالآخر من حيث التفريع أو التقسيم أو التسوية، فإن لكل منهجة واتجاهه.

وليس على دارسى الفقه الاسلامى ان يلزموا انفسهم بربط كل نظرية قانونية معاصرة ببحوث الفقه وكتبه، لأن لهذا الفقه منهجه ونظرياته الاصلية.

واذا كانت النظريات الفقهية هى مجموعة الآراء الشرعية فى شتى المسائل من وجهة نظر المجتهدين، فان النظريات التى سنعرضها فى الصفحات التالية ليست الا امثله على آراء الشريعة ونظرياتها وليست هى كل ما فى الشريعات من نظريات.

وانما هى نماذج تصلح للدراسة فى كليات الحقوق، وتتلاءم مع دراساتهم القانونية الحديثة.

---

(1) تعد القواعد الفقهية التى عرضت بعضها فى القسم الاول من الدراسة مثالا على ذلك.

وإن القارئ فى كتب الفقه الإسلامى سيجد نفسه أمام اتجاه دارسى يعنى بدراسة الأحكام الفرعية العملية التى هى بالتعبير الأصولى (الأحكام التكليفية) .

أى تكليف المسلم بفعل شئ كالصلاة والصيام والحج ، أو الإنتهاء عن فعل شئ كالقتل والزنا وشرب الخمر .

وهذه الأحكام التكليفية تحددها أوامر شرعية ونواه شرعية ، ففعل الأمر مثلا ينتج الواجب والمندوب ، والنهى ينتج الحرام والمكروه .

وهذه الأحكام (الواجب - المندوب - الحرام - المكروه) محل دراسة وتفصيل فى علم أصول الفقه ..

لكن الفقه - كما يعرّف اصطلاحا - هو (العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية) .

فكأن هذا العلم - بناء على هذا التعريف - ينحصر فى شيئين :

(١) استعراض الأدلة الشرعية .

(٢) استنباط الأحكام من هذه الأدلة .

كما حدد هذا التعريف وصف الأحكام التى يشتغل بها الفقيه فى صفتين .

(١) أنها أحكام شرعية تستند فى مرجعيتها إلى مصادر الشريعة الإسلامية (القرآن والسنة ومايتصل بهما) .

(٢) أنها أحكام عملية توجه إلى المكلف فتخاطب قدرته على الفعل ، كما تخاطب طاقته على الأداء .

ومن هنا فإذا اختلت قدرته نشأ مايسمى بالرخص فى العبادات من مثل قوله تعالى فى صيام رمضان : " ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر " ... (١)

ويعقب على هذا الترخيص بقوله سبحانه : " ... يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر " .

وإذا قصرت طاقته فى الأداء نشأ أيضا حكم شرعى مناسب لهذه الطاقة القاصرة يتعلمه المكلفون بمثل دعائهم لربهم : " .... ربنا ولاتحملنا ما لا طاقة لنا به .. واعف عنا .. واغفر لنا وارحمنا " (٢) .

ويعلمه الرسول - صلى الله عليه وسلم - لهم فى مثل قوله :

" خذوا من الأعمال ماتطيقون .. فإن الله لايمل حتى تملوا " (٣) .

وإذن فإن مجال الدراسة الفقهية هو (الأحكام الشرعية العملية) ، وما يحيط بهذه الأحكام من رخص وعزائم .

فإذا أردنا - كدارسين - لهذا الفقه أن نخرج بنظرية أو قاعدة تنتظم هذه الأحكام ، فإن لذلك مجالات أخرى تنتظم هذه النظريات وهذه القواعد .

---

(١) البقرة / ١٨٤ .

(٢) البقرة / ٢٨٦ .

(٣) البخارى . كتاب الإيمان / ٣٢ ، كتاب الصوم / ٥٢ .

مجال البحث في النظريات الفقهية :

يضم الباحث عن هذه النظريات دراسته في كتب الفقه إلى تأملات أخرى في كتب التراث الإسلامي حول تخصصات أخرى .

من هذه الكتب : كتب أصول الفقه ، فإذا كانت كتب الفقه تعنى باستنباط الأحكام (الشرعية العملية) من أدلتها التفصيلية ، فإن كتب أصول الفقه تعنى بوضع الضوابط المنهجية لاستنباط هذه الأحكام ، فتبحث مثلا في دلالة الأمر : هل هو للوجوب أم للندب أو للإباحة ...

وتبحث في دلالة النهي : هل هو للتحريم أو للكراهة أو لغير هذين الغرضين .

كما تقدم هذه الكتب للفقيه (منهجا تنظيريا) للموازنة بين الأحكام الشرعية وإبراز الفروق بينها ، مما يترتب عليه بناء قواعد عامة تبنى عليها الأحكام الفقهية المختلفة من عبادات ومعاملات وأحكام جنائية .

ونجد أيضا من كتب التراث مايعنى بالنظريات مثل كتب (علم الكلام) التي تهتم بدراسة العقيدة والفلسفة الإسلامية النظرية كمسألة التحسين والتقبيح العقليين ، والإيمان بالأمور الغيبية التي هي (معلوم من الدين بالضرورة).

ومن هذه الكتب التي تعنى بالنظريات الشرعية أيضا كتب (السياسة الشرعية) التي تنظم العلاقة بين الحاكم والمحكوم في دولة

الإسلام ، كما تحدد العلاقات بين الدولة الإسلامية وغيرها من الدول في حالتي السلم والحرب ، وكيفية عقد المعاهدات ، ومتى تنشأ الحروب ومتى تشرع الهدنة ، ومتى تضع الحرب أوزارها ..... إلخ .

وكتب (الأحكام السلطانية) والقضاء والحسبة والقواعد الفقهية والقواعد الكلية ، وكتب (الأشباه والنظائر) وكتب (تخريج الفروع على الأصول) .

وهذا النوع من الكتب يعني بوضع قواعد عامة تشبه النظريات .

وتطبق هذه القواعد على مايواجهه الفقيه من فروع في سائر الأبواب الفقهية .

وهذا مايعرف " بالقياس " ، وهو أحد المصادر المعتبرة في الفقه الإسلامي .

ولقد جاء في كتاب (أصول الفقه) [1] للشيخ محمد أبو زهره في مجال التفريق بين علم أصول الفقه والقواعد الجامعة للأحكام الجزئية التي يمكن أن تسمى (النظريات العامة للفقه الإسلامي) قوله : إن دراسة القواعد تعد من قبيل دراسة الفقه لا من قبيل دراسة أصول الفقه .

فهذه القواعد مبنية على الجمع بين المسائل المتشابهة من الأحكام الفقهية ..

(١) من ص ٩ - ١٠ .

وهو يرتب العلاقة بين هذه المصطلحات على النحو التالى :

(١) استنباط الفروع الفقهية - التى هى عمل الفقهاء - مبنى على أصول الفقه .

(٢) حين تتكون الفروع الفقهية المختلفة فإنه يمكن الربط بين أجزائها لتكون قواعد عامة جامعة ، وهذه القواعد هى ما تسمى " بالنظريات الفقهية " .

نشأة النظريات الفقهية :

ليس صحيحا مايتردد من أن (النظريات الفقهية) لم تكن تعنى فقهاء المسلمين بقدر ما كانت تعنيهم (الأحكام الفقهية) نفسها من حل وحرمة وكراهة .

ومن بحث فى أحكام العبادات والمعاملات وغيرها ، ولكن إذا كان الفقهاء قد شغلوا أنفسهم بدراسة هذه الأحكام ، فلأنها هى (الضابط) لعلاقة العباد بالله ..

وأما الاشتغال بالنظريات فإن لها منهجا ولها مجالا آخر .

ولقد أدرك الفقهاء قديما أن (النصوص متناهية والحوادث غير متناهية) .

أى أن النصوص مهما كانت كثيرة فإنها تنتهى ، ولكن الحوادث ممتدة دائمة تحتاج إلى إعمال رأى وتكوين فكر لينزل هذه الحوادث غير المحدودة وعند المفهوم من النصوص المحدودة .

فاحتاج الفقهاء - منذ البداية - إلى توسيع مجال النصوص حتى تتسع لما وقع ولما سيقع .

واحتاجوا إلى القياس يقيسون به ما هو مجهول أو غير منصوص عليه على ماهو معلوم منصوص عليه .

وفى ذلك يقول إمام الحرمين الجويني [1] :

(.... ونحن نعلم قطعا أن الوقائع التى جرت فيها فتاوى علماء الصحابة وأقضيتهم تزيد على المنصوصات ..... فقد كانوا قايسين فى قريب من مائة سنة ، والوقائع تترى ، والنفوس إلى البحث طلعة ، وما سكتوا عن واقعة صائرين إلى أنه لا نص فيها ... وبالقطع نعلم أنهم ماكانوا يحكمون بكل مايعن لهم من غير ضبط وربط ، وملاحظة قواعد متبعة عندهم) ...

فنحن نرى من هذا النقل أن علماء الصحابة والتابعين لم يكونوا يتوقفون عند حدود معطيات النص الظاهرة ، وإنما كانوا ينفذون إلى مايسمى (بروح النص) المفهوم منه ليحكموا فى الحوادث التى لم ينزل فيها نص بناء على الحوادث المنصوصة .

---

(١) البرهان . فقرة ٧١١ .

وهذا المنهج هو نواة (علم النظريات الفقهية) .

وإذا كان هذا المنهج هو النواة الحقيقية للتنظيم ، فلقد وجدنا أن عـ . التابعين ، قد أفاد من هذه البداية ، وأن الاستنباط قد اتسع باتساع البيئة وكثرة الحوادث ..

ولقد كان فقهاء التابعين كسعيد بن المسيب بالمدينة ، وعلقمة والنخعى بالعراق يحفظون كتاب الله ، ويستوعبون سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، ويتعلمون فقه الصحابة ويحفظون فتاويهم ... ثم يكوّنون من كل ذلك اتجاها رشيدا فى الفقه ، ويفرعون عليه اتجاههم فى اعتبار المصلحة أساسا من أسس التشريع ، والتيسير طبيعة من خصائصه ، وكان منهم من ينهج فى استنباط الأحكام منهج القياس ، وربط النظير بالنظير ..

حتى اتسع مجال الفقه ، واختلفت المدارس الفقهية ، وكان أساسها فى هذا الاختلاف ، اتفاقا على الأصول التى تحكمها النصوص الشرعية ، واختلافا على الفروع التى يتعدد فهمها بتعدد عقول الفقهاء والمجتهدين .

ثم تلا عصر التابعين عصر الأئمة المجتهدين كأبى حنيفة ومالك والشافعى وابن حنبل وتلاميذ هؤلاء الأعلام .

فتميزت المناهج الفقهية الاستنباطية ، وتبلورت هذه المناهج حتى أصبحت " مدارس فقهية " لها مناهجها فى الاستنباط من النص ، والقياس

بالعقل ، وبالمقارنة بين الآراء ، وترجيح رأى على رأى حتى نضجت للفقه مناهجه ، واستوت له نظرياته .

صلة النظريات الفقهية بعلوم التراث :

استفادت سائر العلوم الإسلامية من (حركة) الفقه الإسلامى وتطور مناهجه ، وبخاصة فيما عرف بعد ذلك بالنظريات الفقهية .

فقد ظهرت **(القواعد الفقهية)** التى تعنى بعرض القضايا الكلية التى تندرج تحتها مجموعة من الأحكام الشرعية المتشابهة والتى يصفها الزركشى بأنها : (معرفة القواعد التى تجمع جموعا والقواعد التى تردّ إليها أصولا وفروعا ، وبها يرتقى الفقيه إلى الاستعداد لمراتب الاجتهاد) .

كما ظهر علم **(الأشباه والنظائر)** وهو جمع المسائل الفرعية الخاصة بموضوع واحد ، والمتناثرة فى أبواب الفقه المختلفة ، والخروج من ذلك الجمع بحكم واحد ينتظم جميع المسائل المتشابهة .

ومن ذلك أيضا علم **(تخريج الفروع على الأصول)** حيث يعنى هذا الفن بتحديد العلاقة بين الفروع من أحكام الفقه بأصولها وضوابطها فى القواعد الكلية والأحكام العامة ، وربط هذه الفروع بهذه الأصول بناء على وحدة الأحكام .

كما أن هناك علما يسمى (**علم الفروق**) ، وهو خاص بايضاح الفروق الدقيقة والمعانى التى أدت إلى إختلاف أحكام المسائل المتشابهة .

ولقد أفاد الفقه المعاصر من هذه الدراسات القديمة فظهر مايسمى " بالفقه المقارن " ..

واتجه الفقهاء المعاصرون بهذا اللون التجديدى التنظيرى من الفقه ، فألفوا فيما يتصل بالنظرية العامة فى الفقه الإسلامى ، ـــها بالأحكام الفرعية ..

ونضرب لذلك بعض المؤلفات على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر :

* نظرية المصلحة فى الفقه الإسلامى — د/ حسين ـ ـد حسان
* نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية — د/ عبد المنعم ـرج الصدة
* نظرية الاباحة عند الأصوليين والفقهاء — د/ محمد ـلام مدكور
* نظرية تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى — د/ محمد ـكر عبد ابر
* النظريات السياسية الإسلامية — د/ محمد ضيـ ـ الدين إدريس

وكان من هذه النظريات ما كتبه المؤلفون (نظـية ـعقد) وقد تناولها كل من كتب فى (المدخل إلى دراسة الشريعه) لطلبة كليات الحقوق .

ونحن بناء على ذلك نتناول - فى الصحفات التالية - نظريتين هما :

نظرية الحق ، نظرية العقد .

الباب الأول

(نظرية الحق فى الملكية)

الباب الثانى

(نظرية العقد)

الباب الأول

(نظرية الحق فى الملكية)

الفصل الأول

(الحق - نشأته - أنواعه - صاحبه)

الفصل الثانى

(أقسام المال وحق الملكية)

الفصـــــــل الاول

الحق (نشأته – أنواعه – صاحبه)

المبحـــــــــــث الاول

معنى الحق وانواعه

لفظ "الحق" يتردد كثيرا فى القرآن الكريم ، ويفهم المراد منه باختلاف المقام الذى ورد فيه من الآيه، ولا يخلو المعنى العام للحق من معنى الثبوت والمطابقة للواقع. فالحق هو الله سبحانه ، لأنه هو الموجود الثابت لذاته. والحق هو الواقع الذى لا يتخلف.

والحق هو احد حقوق العباد، وهو ما يجب للغير ويتقاضاه [1]. واذا كان للحق هذه المعانى المتشعبة، فإنه لا يكاد يخرج عنها فى الاصطلاح الشرعي، حيث نظمها الشرعيون فى معنيين :.

الاول : ان الحق هو مجموعة القواعد الشرعية والنصوص التى تنظم علاقة الناس من حيث الأشخاص والاموال.

الثـانى : انه بمعنى السلطة الشرعية التى يتمكن بها الافراد من المحافظة على مقرراتهم الانسانية والمادية [2] .

---

(١) انظر مادة "حق" فى القاموس المحيط ، المعجم الوسيط، معجم الفاظ القرآن الكريم.

(٢) انظر/مصطفى الزرقا، نظرة عامة فى فكرة الحق والالتزام/١١.

وهو بالمعنى الثانى شامل للحق الذى موضوعه سلطة شخصية كممارسة الولى ولايته، والذى موضوعه المال كالدين.

وهذه السلطة يجب ان يقرها الشرع ، لان نظرة الشارع واقراره اساس فى اعتبار السلطات.

انـــواع الحقـــوق :

يقسم جمهور الفقهاء الحق تقسيمات متعددة على اعتبارات مختلفة، والذى يعنينا من هذه التقسيمات تقسيم الحق باعتبار من ينسب اليه، وهو على هذا الاعتبار نوعان رئيسيان هما :.

(١) حق الله (٢) حق العباد

ويتفرع عن هذين النوعين قسمان فرعيان هما :

١- ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب.

٢- ما اجتمع فيه الحقان وحق العباد غالب.

حـــق اللــــه :

ينسب هذا النوع الى الله لإعلاء شأنه وبيان اهميته ودعوة الناس الى احترامه والمحافظة عليه، وهو حق يتعلق به النفع العام دون اختصاص احدبه، ومع ذلك فان الناس جميعا مطالبون بحراسة وصيانته حسبةً لله وغيرةً على محارمه.

وهذا الحق فى الشريعة يشبه الحقوق العامة فى القانون، وهى الحقوق التى يحكمها النظام العام نظرا لتعلقها بحق السيادة.

ومن أمثلة هذه الحقوق فى الاسلام اقامة الحدود كحد الزنى والسرقة وشرب الخمر، فهى حقوق يعبر عنها القرآن وعن مثلها بقوله:. "تلك حدود الله فلا تقربوها".

والنهى عن قربانها يفيد انها حق خالص لله ، وانه لا يجوز لاحد ان يسقطها او يتنازل عنها او يستبيحها.

فان حد السرقة - مثلا - يطبق على السارق وان تنازل صاحب المال المسروق، وحد الزنى يطبق على الزانيين وان وقعة الجريمة برضا كل منهما. وهذا يفسر نسبة الحق الى الله وتميزه على سائر الحقوق .

حـــق العبـــــاد :

وهى التى تكون لبعض الافراد على بعضهم الآخر، ولا دخل فيها للنظام العام كالحقوق الشخصية التى تتمثل فى الحريات العامة التى كفلتها الدساتير للافراد .

كحقوق الاسرة التى تنظم العلاقات التى تنشأ عن رابطة الزوجية كالنفقه وتربيه الاولاد وتدبير شئون البيت.

وكالحقوق المالية التى يكون المال اساسا فيها كحق الديه وحق البائع فى قبض الثمن وحق المشترى فى قبض السلعة.

ولأن هذه الحقوق مضافة الى العباد فإن لهم ان يسقطوها بالتنازل عنها او اباحتها.

ما اجتمع فيه الحقان :-

ا - حق الله غالب

وذلك اذا ما اجتمع فى الحق الواحد مصلحة الجماعة من جهة، ومصلحة الأفراد من جهة أخرى، وكانت مصلحة الجماعة أقوي. وقد مثلوا لذلك بحق القذف الذى يؤدى الى زجر الناس عن إتهام غيرهم بالباطل، وتلك مصلحة عامة، كما يؤدى الى الدفاع عن حق المقذوف، وتلك مصلحة خاصة.

وتتجلى غلبة حق الله في هذا الحد من استنكار جريمة القذف والتشديد على اقامة الحد فيها بقوله تعالى :

"والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا .. وأولئك هم الفاسقون [1] " ولان حق الله غالب فى ذلك ، فان تنفيذ الحد واجب لا يجوز التنازل عنه او اسقاطه.

---

(١) سورة النور، الآية رقم ٤ .

ب - وحق العباد غالب :.

وهو مقابل للقسم السابق : ففيه ناحية عامة تمثل حق الله ، وفيه ناحية خاصة تمثل حق العباد، ولكن الناحية الثانية ابرز.

وقد مثلوا لهذا الحق بالقصاص من القاتل ، فانه يمثل ناحية عامة هي المحافظة على امن المجتمع وسلامته وهي حق الله تعالي.

كما ان فيه ناحية خاصة وهي القصاص لمصلحة اولياء الدم، وهي حق العباد، ويرى الفقهاء ان جانب المجنى عليه في القصاص اقوي.

ولما كانت مصلحة العباد في هذا الحق غالبة ، فانه لا يتقرر الا بناء على مطالبة اصحاب الحق ، كما يجوز التنازل عنه بعوض مالي او بغير عوض.

فإنه يجوز لأصحاب الحق في قصاص النفس . ويسمون اولياء الدم - ان يتنازلوا عن القصاص ، فينتقل الحق الى الدية ، كما يجوز لهم ايضا ان يتنازلوا عن الديه ، فيسقط الحق كله. وهذا النوع من الحقوق يجوز فيه الارث ان كان مالا او له تعلق بالمال.

تنفيذ احد الحقين واثر ذلك على الحق الآخر:

اذا اجتمع حق الله وحق العباد في شيء واحد ، ثم نفذ احدهما فهل يسقط الآخر ؟

يرى الحنفية ان احد الحقين اذا نفذ سقط الحق الآخر ، فاذا نفذ حد السرقة وهو حق الله سقط الجزء الباقى وهو تغريم السارق . وهو حق العباد. ومن هنا قالوا (لا يجتمع قطع وتغريم فى سرقة) .

واذا وقع اكراه على الزنى فجلد الزانى ، فقد نفذ فيه حق الله وليس عليه ان يدفع صداقا لمن زنى بها اكراها ، وقالوا فى ذلك (لا يجتمع حد وصداق فى اكراه) .

بينما يرى غير الحنفية ان تنفيذ احد الحقين لا يسقط حق الاخر ، بل لابد من تنفيذهما معا .

وهذا ما نرجحه، إذ أن قطع يد السارق وان كان تنفيذا لحد من حدود الله وصيانة لأمان المجتمع ، الا ان توقيع العقوبة على السارق لم يعد على صاحب المال المسروق بشيء ، الا ان يكون مع القطع اعادة المال المسروق- أو قيمته - الى صاحبه.

الحقوق من حيث ماليتها :

من الاشياء ما تثبت له صفة المالية فيعد مالا ، ومنها ما لا تثبت له هذه الصفة فلا يعد كذلك ، وهى تثبت للشيء بتموّل الناس له واتخاذهم اياه مالا يتعاملون به.

ولا يتحقق ذلك له الا اذا تحققت فيه حيازة واختصاص ومن ثم فان الحقوق على هذا الاعتبار نوعان.

ا - حقوق مالية :

وهى الحقوق التى تتعلق بالاموال ومنافعها، وتدخل فى الذمة المالية لتكون جانبها الايجابى، ومن ثم فهى تقبل التصرف والحجز والتقادم والإرث وهذه الحقوق تسمى "حقوقا شخصية" اذا ادت الى قيام رابطة بين شخصين يلتزم احدهما بأداء ما عليه ، ويحق للآخر اقتضاء صاحبه بحقه عنده ومن هنا نستطيع اعتبار الرابطة الزوجية من هذا النوع الشخصى من الارتباط، لأنها تثبت حقوقا شخصية لكل من الزوجين تجاه الاخر. فإن للزوجة حقا فى مطالبة زوجها بالانفاق عليها ، وللزوج حق فى مطالبة زوجته برعاية شئون البيت، والقيام على تربية الاولاد.

فإذا كانت هذه الرابطة ين شخص وشيء ، بحيث لا يحتاج هذا الشخص الى تدخل من جانب شخص آخر ليتمتع بحقه سمى هذا الحق"حقا عينيا". ويتمثل هذا النوع من الحقوق فى حق الملكية، لأنه الرابطة فى هذا الحق تكون بين شخص هو المالك وشيء هو المملوك.

فمن حق مالك البيت أن يسكنه، ومن حق مالك السيارة ان يركبها،

ومن حق مالك الكتاب ان يقرأه... وهكذا دون حاجة الى تدخل شخص آخر لتمكين المالك من التمتع بملكه [١].

٢ - حقوق غير مالية:.

وهى الحقوق التى لا تتعلق بالمال ، ولا ترتبط به كحق الزوج فى طاعة زوجته له، وحق الام فى حضانة ابنها، وحق الاب فى تأديب اولاده وتعليمهم .

ومن هذه الحقوق غير المالية ما يستتبع آثارا مالية . فحق البنوة وهو غير مالى - يستتبع الارث وهو مالى ، وحق الطلاق وهو غير مالى يستتبع النفقه وهى حق مالي.

كما ان من الحقوق غير المالية ما يمكن تقويمها بالمال والاستغناء عنها به ، كحق القصاص الذى يمكن الصلح فيه على مال ، وكحق الزوج فى الإبقاء على زوجته . اذ يمكن الاتفاق معها على الطلاق بشرط ان تدفع له مبلغا من المال، وهذا هو ما يسمى " بالخلع"

بينما نجد حقوقا لايستعاض عنها بالمال كحق الشفعة وحق الخيار وحق الولاية [٢] .

---

(١) انظر فى التفريق بين هذين النوعين:

د/ سامى مذكور : نظرية الحق /١٥ د/ حسن كيرة: المدخل الى القانون / ٤٧ .

(٢) انظر تفصيل ذلك فى المدخل للفقه الاسلامي، د/محمد سلام مدكور/١٧٤.

عدم جواز الإسقاط لبعض الحقوق واسباب ذلك :-

المفهوم من طبيعة الحقوق انها تقبل الاسقاط مادام صاحبها راغبا فى ذلك، وهو فى هذه الرغبة كأنما يتنازل عن حقه او لا يريد استعماله لاى سبب من الاسباب.

لكن هذه الرغبة ليست على اطلاقها، فقد تتعارض مع مصلحة عامة او وضع شرعى او غير ذلك. ومن هنا فإنه يمتنع على صاحب الحق ان يسقطه. ومن اسباب عدم قبول بعض الحقوق للاسقاط ما ياتى [1] :-

١- ان يكون فى اسقاط صاحب الحق لحقه تغيير لوضع من الاوضاع الشرعية او معارضة صريحة لروح التشريع. فإن من حق الزوج اذا طلق زوجته طلاقا رجعيا ان يردها وان يعيدها الى عصمته، وليس هذا الحق قابلا للاسقاط وان لم يستعمله الزوج، فقد لا يستعمل الانسان حقه، ولكن هذا لا ينفى أحقيته فى استعماله. وللوصى والواهب حق الرجوع فى الوصية والهبة، وهذا الحق ايضا غير قابل للاسقاط ، لأنه يغير حكما شرعيا ثابتا هو حق كل منهما فى الرجوع.

---

(١) انظر التلويح والتوضيح ج٣ /١٢٩ .

٢- ان يكون الحق وصفا ذاتيا ملازما لصاحبه لا ينفك عنه : فإن من حق كل ولد ان ينتسب الى والده وان يحمل اسمه ، ولا يجوز ان يسقط هذا الحق فيصنع لنفسه نسبا جديدا. والولاية على الولد من حق والده، ولا يجوز اسقاطها ، لان الولاية لا تسقط باسقاط صاحبها ولا بسكوته عن اشتراطها حتى ولو اشترط نفيها من الاصل.

٣- ان يكون الحق مشتركا لا يسقط بإرادة واحدة، فالحضانة حق مشترك بين الحاضنة والمحضون ، فاسقاط الحاضنة حقها يفوت على المحضون حقه، وحقه مقدم على حقها. وصيانة الاعراض حق مشترك بين الله وعباده، فلا يجوز للعبد أن يسقط حقه فيبيع عرضه لمن يشاء ، لأنه حينئذ لايسقط حقه وحده، ولكنه يسقط حق الله كذلك .

٤- ألا يكون الحق قد ثبت لصاحبه بعد، ومن ثم فان اسقاطه يكون اسقاطا لشيء معدوم ، كإسقاط الوارث حقه فى تركة لم تقسم بعد، وكإسقاط الوالد لحقه فى تأديب ولده الذى لم يولد بعد ، وكإسقاط الزوجة لنفقتها المستقبلة التى لم يأت وقتها.

المبحث الثاني

صاحب الحق

عرف الفقه الاسلامى الاشخاص الطبيعيين ، وهم العباد الذى خاطبهم الشرع ، واثبت لهم الحقوق ، والقى عليهم التكاليف.ومجرد صلاحية الانسان لان يكسب حقوقا ولم يكسبها بالفعل، وان يخاطب بتكاليف ولولم يؤدها شخص طبيعي.

كما عرف الفقه الاسلامى ايضا شخصية غير طبيعية يطلق عليها القانون (الشخصية الاعتبارية) او الشخصية المعنوية، ويقصد بها الجهات لا الاشخاص كالمساجد والمدارس والمستشفيات والمؤسسات وسواء اكان الشخص طبيعيا ام اعتباريا فإنه صاحب حق ما دام صالحا لتلقى الحقوق وتحمل الالتزامات.

اهلية صاحب الحق :

الاهلية – فى اصطلاح الاصوليين هى صلاحية الانسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، واعتبار فعله اعتبارا شرعيا [1].

وصلاحية الشخص لان يكون له حقوق وعليه واجبات هى ما يسمى فى الاصطلاح "بأهلية الوجوب".

---

(١) انظر :د/محمد سلام مدكور : مباحث الحكم عند الاصوليين/٢٣٧ .

وهذا النوع من الاهلية يكون لكل انسان حي ، لانه مجرد الانسانية صفة تجعل المرء قابلا لأن تكون له حقوق عند غيره، وعليه واجبات لغيره لا فرق في ذلك بين العاقل والمجنون والرشيد والسفيه ولكن هناك من التصرفات والافعال ما يتطلب قدره انسانية معينة لمزاولتها، وتمييزا بين النافع والضار من الامور،وعبارة سليمة واعية يترتب عليها الزام والتزام. وتلك الصفات هي ما عبروا عنها بأهلية الاداء.

ومن ثم فان اهلية الوجوب تثبت لكل الاشخاص دون توقف على شيء، بينما اهلية الاداء لا تثبت الا لمن تتوفر فيهم صفات معينة اقلها العقل او التمييز او قدرة الشخص على اجراء التصرفات لحساب نفسه.

ولان صلاحية الانسان لمباشرة الحقوق التي له والتي عليه ليست بدرجة واحدة بالنسبة لسنة وعقله، بل هي متفاوتة فيه، فان اهلية الاداء فيه متفاوتة ايضا ، فهي في الطفل غير المميز مختلفة عنها في الصبي المميز، كما تختلف عنها في البالغ العاقل الرشيد [1].

(١) جرى الفقهاء المسلمون على ان التمييز وان لم تكن له سن معينة ، فانه لا يتصور فيمن هو دون السابعة.
اما ابن السابعة فهو يصل الى درجة من الادراك،لذا فان هذه السن تعد من التمييز في امور الصلاة، كما انها السن التي تنتهي اليها حضانة النساء للصغير عند جمهور الفقها (جامع احكام الصغار/ج١ /١٥٧.

وقد لا يكون البلوغ وحده كافيا لحسن تصرف الانسان وتقديره لمصلحته فى المعاملات ، ولكن يجب ان يكون مع هذا البلوغ الذى تظهر علاماته ظهورا حسيا رشد يبدو فى التصرفات ، وهذا هو ما يعنيه القرآن بقوله :"..فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم" فان لفظ"آنستم" فيه استئناس نفسى لا استدلال مادي.

عـــــوارض الاهليـــــة :-

قد تتأثر الاهلية ببعض العوارض الجسيمة او العقلية فتنقص او تزول، ويسمى من يتعرض لهذه العوارض - بناقص الاهلية او عديم الاهلية ومن هذه العوارض:-

الجنون والعته :-

فإذا فقد الانسان عقله طول الوقت سمى جنونه (جنونا مطبقا) تبطل معه كل التصرفات ، واذا فقد عقله بعض الوقت فان ذلك هو الجنون المتقطع الذى تبطل معه التصرفات التى تتم فى وقت الجنون وتصح التصرفات التى تتم فى وقت الافاقة.

أما العته فهو الخلل الذى يعترى العقل، ويجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم.

ولقد اخذ المعتوه حكم الصبى المميز فى جميع الاحكام، لان العته لا يعدم التمييز دائما كالجنون.

السفه:

وهو (الخفة التى تعترى الانسان فتبعثه على العمل بخلاف موجب العقل) [1].

ورغم ان السفه لا ي الاهلية نفيا تاما، الا انه يمنع المتصف به من التصرف بحرية فى ماله استنادا الى قوله تعالى :"ولا تؤتوا السفهاء اموالكم التى جعل الله لكم قياما" [2].

اى انه يكون محجورا عليه مادام غير متحقق الرشد.

ويرى ابو حنيفة ان السفيه اذا بلغ الخامسة والعشرين ولم ينصلح حاله فان ماله يدفع اليه ، لانه لا امل فى الصلاح حاله بعد بلوغه هذه السن، ولان فى الحجر عليه إهدارا لآهليته، وانكارا لكرامته الانسانية [3].

الديـن :

قد يستوجب الدين المستغرق الحجر على المدين ، وذلك فيما اذا

---

(١) التوضيح على التنقيح ج٢ /١٩١.

(٢) سورة النساء، الآية رقم ٥.

(٣) الأمــوال ونظرية العقد ، د/ محمد يوسف موسى/ ٣٢٣، الأحوال الشخصية ، الشيخ أبو زهرة ٤٧٥ .

استنفدت الوسائل فى حملة على الوفاء بديونه وايصالها الى مستحقيها،
ومن هذه الوسائل اعطاء الدائنين الحق فى ملازمته وطلب حبسه ان كان مماطلا ويرى ابوحنيفة عدم الحجر على المدين ، بل يرى حبسه بواسطة الحاكم اذا ثبتت مقدرته المالية وثبتت مماطلته.

وهذا خلافا لرأى الصاحبين وباقى الائمة فى جواز الحجر عليه بناء على طلب الغرماء [1].

(١) انظر رسالة الحجز على اموال المدين لحق الغرماء . محمد على الخطيب.

الفصـــل الثانـــي

اقســام المــال وحــق الملكيــة

المبحث الاول

محــل الحــق (المال واقسامه)

تعــريف المــال :

يطلق لفظ المال على كل ما يصلح ان يكون ملكا للانسان يحرزه، فيستخدمه فى منفعته ، ويدخره لاستعماله والانتفاع به وقت الحاجة ومادام انه "يصلح" ان يكون ملكا ، فليس شرطا ان يكون فى حوزة الانسان فعلا حتى تصدق عليه صفة المالية.

فالمناجم فى باطن الارض ، واللآلىء والاصداف فى باطن البحار من انفس انواع الاموال ، وان لم تصل اليها يد الانسان بعد، ولكنها تصلح للتملك والانتفاع.

واذا كان الانتفاع صفة اساسية من صفات المال ، فان امكان ادخاره صفة عارضة ، لان من الاشياء ما لا يمكن ادخاره على نحو تبقى معه منفعة، ومع هذا فهو مال كالخضروات والسمك واللحوم وغيرها.

واذن فان الصفتين الجوهرتين فى المال هما:-

اولا : امكان حيازته. ثانيا : امكان الانتفاع به.

ويترتب على ذلك ما يأتى :.

١- ما تحوزه وتنتفع به فعلا يعد مالا كالنقود والعقارات والسيـارات وغيرهـا ممـا نستخدمـه فـى حياتنا. ويدخل فى المـال ايضـا مـالا نحوزه الان، ولكن يمكن ان نحوزه بعـد ذلك مادامـت تتوفـر فيه صفة الانتفاع بعد حيازته كالسمـك فى الماء والطيـر فـى الهـواء والمعـادن فـى باطـن الارض.

٢- ما لا يمكن حيازته لا يعد مالا وان كنا ننتفع به كالهواء والقمر وضوء الشمس.

٣- ما نملكه ولكنا لا ننتفع به لتفاهته او لاستحالة الانتفاع به او لحرمة هذا الانتفاع لا يعدمالا.

فمن يملك قبضة من تراب او حبة واحدة من قمح فانه لا يملك شيئا لانتفاء المنفعة المعتادة من هذين الشيئين .

والمسلم الذى يحوز ميته فانها لا تعد مالا ، لانه لا يستطيع ان ينتفع بلحمها او شحمها.

فاذا انتفع بصوفها او شعرها او وبرها.. او دبغ جلدها فانتفع به فان ذلك يعد مالا لتحقق الانتفاع به.

المتقوم وغير المتقوم من المال :

بناء على ما سبق فان التملك والانتفاع ماداما على الوجه المشروع ، فانهما يكسبان المال قيمة شرعية ويسمى (مالا متقوما).

وهذا النوع له حرمة يصونها الاسلام ويلزم المتعدى عليه بالتعويض او الضمان ، ويصدق ذلك على كل الملكيات التى جرى بها العرف واقرتها الشريعة كالدور واثاثها والمكتبات والكتب والسيارات وغير ذلك.

اما اذا لم يكن المال فى حوزة احد كالطيور فى الهواء والسمك فى الماء ، او لم يكن مما ينتفع به انتفاعا شرعيا كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلمين فهو مال غير متقوم.

وهذا المال لا حرمة له، ولا يعد اتلافه اتلافا لمال ، فمن اراق خمرا او قتل خنزيرا يملكهما مسلم فلا ضمان عليه، ولكن عليه الضمان اذا فعل ذلك وهما فى حوزة غير المسلمين ممن يستحلون الخمر والخنزير على خلاف فى ذلك بين الفقهاء.

وإذن فان قيمة المال تجرى تبعا لملكيته والانتفاع به انتفاعا شرعيا.

المثلى والقيمي :

المال المثلى هو مالا يوجد تفاوت بين اجزائه او آحاده ، او يوجد تفاوت يسير لا يعتد به مع وجود نظائره فى الاسواق.

فاذا كان الشخص مدينا لآخر بمائة جنيه او بمائة متر من الحرير فان عليها ان يسدد مثلها : مائة جنيه بمائة جنية دون التقيد باوراق نقدية معينة، ومائة متر من الحرير بمثلها من الصنف المتفق عليه.

كما يعد من المثليات فى الوقت الحاضر جميع المصنوعات التى تنتجها الآلات إذا إتحدت فى المادة والصنع والصفة .

ومن هنا نتبين أن المثلى يتميز بخاصيتين :

١- أنه لايكون مثليا إلا بالقياس إلى غيره ، فلايقال : هذا الشئ مثلى إلا إذا كان له شئ يماثله .

٢- أنه يقدر عادة عن طريق العد أو الكيل أو الوزن أو القياس ، ولايختلف بعض أفراده عن البعض الآخر إختلافا كبيرا .

أما المال القيمى فهو مال له قيمة ذاتية، ولايقوم شئ آخر مقامه فى الوفاء به .

فالذى يشترى منزلا معينا الذات ، أو آلة معينة لانظير لها، أو قطعة أثريه فريدة فهو يشترى أشياء لايقوم غيرها مقامها .

ولابد على البائع أن يسلمه الشئ المبيع بنفسه، ولاتبرأ ذمته إذا سلمه شيئا مثله كمنزل آخر أو آلة أخرى أو قطعة أثرية أخرى وهكذا .

أهمية التمييز بين القيمى والمثلى :

١- إذا وقع الإتلاف على شئ مثلى فإن الضمان يكون بمثله، أما إذا وقع على شئ قيمى فإن الضمان يكون بقيمته، لأن إهلاك الأشياء القيمية يجعل الإلتزام بردها مستحيلا .

٢- يصلح المثلى أن يكون ثمنا لمثله لأنه متعين معروف بخلاف القيمى الذى لاتتعدد أفراده .

٣- لا تقع الملكية على الشئ المثلى إلا بتعيينه وإفرازه من بين الأفراد المناظرين له ، وإذا تم هذا الإفراز والتحديد أصبح المثلى قيميا .

فأنت تشترى نسخة من كتاب، فلاتنتقل هذه النسخة إلى ملكيتك إلا بعد أن تستخرجها من بين النسخ الكثيرة المشابهة لها، وحين ذلك تكون نسخة وحيدة فى حوزتك، وقد تضيف على هوامشها بعض التعليقات فتصير بالنسبة لمكتبتك قيمية لامثلية .

بينما تتقرر الملكية على الأشياء القيمية بمجرد التعاقد عليها باعتبارها معينة بالذات .

العقـــــار والمنقـــول :-

يقسم المال من حيث ثباته او عدم ثباته. الى عقار ومنقول ، وثبات

بعض الاشياء فى مكانها، وتحرك بعضها الاخر او قابليته للحركة، مما يسوغ اختلاف القواعد والاحكام التى تنطبق على هذه الاشياء.

فالعقار عند جمهور الفقهاء - هو ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان الى مكان اخر، وهو بهذا الوصف يصدق فقط على الارض اما المالكية فانهم يرون ان العقار هو الشيء الثابت الذى لا يمكن نقله او الشيء الذى له اصل ثابت بحيث تتغير هيئته وشكله اذا نقل من مكانه.

فالبناء والنخل والاشجار كلها عقارات، لان اصلها ثابت فى الارض، ولا يمكن نزعها من هذا الاصل دون الحاق التغيير بها.

وهذا المفهوم عند المالكية هو الذى اتجه اليه القانون الوضعي، وتوسع فى تعريف العقار حيث عد كل شيء له ثبات بذاته كالأرض او بأصوله كالشجر عقارا، بل انه عد بعض المنقولات عقارات استثناء من طبيعتها، وذلك اذا خصصت لخدمة عقار واستغلاله.

فالارض مثلا عقار بالطبيعة، والماشية المعدة لخدمة هذه الارض عقار بالتخصيص .

والمبانى والمنشآت عقارات بالطبيعة، والاثاث اللازم لتهيئتها واعدادها للسكن عقارات بالتخصيص[1].

اثر التمييز بين العقار والمنقول :-

١- تثبت الشفعة فى العقار- عند الحنفية والمالكية - فإذا باع رجل ارضا بما عليها من بناء، فان للجار حق الشفعة فى الارض والبناء معا.

٢- يجوز وقف العقار، ولا يجوز وقف المنقول خلافا لبعض الفقهاء الذين يرون جواز وقف المنقول ايضا.

٣- اذا اشترى رجل عقارا ، فانه يجوز له بيعه قبل ان يتسلمه، ولا يجوز ذلك اذا اشترى منقولا.

٤- يجوز للوصى على مال القاصر ان يبيع بعض المنقولات لتحقيق مصلحة لهذا القاصر، ولكن لا يجوز له ان يبيع العقار الا لمبرر شرعى كالوفاء بالدين.

٥- المدين تباع منقولاته اولا للوفاء بدينه، ولا تباع العقارات الا بعد الانتهاء من بيع المنقولات التى عجزت عن الوفاء بالدين.

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ج٨ /١٩.
د/السنهوري المدخل الي القانون /١١١ د/حسن كيرة.

المبحث الثاني

حق الملكية

تعريف الملكية :-

يعرف الملك بانه (حكم شرعى مقدر فى العين او المنفعة يقتضى تمكن من يضاف اليه من انتفاعه بالمملوك واخذ العوض عنه حيث هو كذلك)[1] .

وعلى ذلك فان الملكية حق من الحقوق من حيث هى علاقة شرعية بين الانسان والاشياء، وهذه العلاقة تعطى المالك حق الاستئثار بما يملكه والانتفاع به والتصرف فيه تصرفا سائغا فى الحدود التى بينها الشرع.

ولقد اتجهت الشريعة - كما اتجه القانون المدنى - الى تقيد هذا الحق بحدود وظيفته الاجتماعية[2] .

انـــواع الملكيـــة :-

الملك نوعان :.

١- ملك تام .

٢- ملك ناقص .

---

(١) الفروق للقرافي ج٣ /٢٠٨

(٢)د/ السنهوري . حق الملكية/٤٩٣

والملك التام :-

هو الملك الذى يكسب الانسان الحق فى الشيء وفى منفعته، ويسمى ذلك ملك الرقبة والمنفعة.

فمن يملك الارض فهو يملك (الرقبة) ، فاذا ملك منفعتها ايضا فتلك هى الملكية التامة، وله حينئذ ان ينتفع بالارض بنفسه فيزرعها او يبنى عليها او يتصرف فيها بالبيع او الرهن او الايجار.

ولا يحد من هذه الملكية التامة الا الحدود الشرعية التى قد تتدخل احيانا لاخراج المال من ملك صاحبه جبرا عنه.

وذلك كنزع ملكية خاصة لخدمة منفعة عامة، او نزع مال المدين المماطل لسداد ما عليه من ديون ، او نزع سلعة من يد محتكر اذا احتاج الناس اليها...الخ.

اسباب الملك التام :-

تتفرع هذه الاسباب عن سببين رئيسيين :.

السبب الاول : سبب منشئ للملكية ابتداء ، اى ان يصير المال ملكا لشخص بعد ان كان غير مملوك لاحد مطلقا.

وذلك يتحقق فى المال المباح الذى لا يقع فى حيازة احد، فمن سبقت

يده الى هذا المال فاستولى عليه وانتفع به فقد صار ملكه دون منازع الا ان يتصادم هذا الانتفاع بمنافع الناس بوجه عام.

ويسير هذا طبقا لما روى عن الرسول : (من احيا ارضا مواتا فهى له).

السبب الثانى : سبب ناقل للملكية من حيازة فرد الى حيازة فرد آخر، وذلك بطريقة من الطرق الاتية:.

١- بعقد من عقود التمليك كعقد الوصية او البيع او الهبة، فانه بتمام العقد تنتقل ملكية المال الى الموصى له بعد وفاة الموصى او الى المشترى بعد قبض البائع الثمن ، او الى الموهوب له بعد تسلم الهبة.

٢- بقوة الشرع من غير عقد كالارث، فانه ينتقل الى الوارث بوفاة المورث دون القيام باى اجراء من اجراءات العقود.

٣- بالشفعة حيث تنتقل الملكية الى الشفيع وهو الجار الملاصق للمال المبيع، وهو اولى من المشترى مادام قد دفع الثمن الذى عرضه المشترى.

اما الملكية الناقصة :-

فانها ملكية تقع على العين فقط ، او على المنفعة فقط.

فان البيت الذى يبنيه صاحبه فيؤجره للساكنين قد تعلق به حقان فى وقت واحد : ملك الرقبة وهو لصاحب البيت، وملك المنفعة وهو للسكان.

فالملكية الناقصة اذن لا يجتمع فيها ملك الرقبة ومنفعتها فى يد واحدة، وانما يكون مالك الرقبة غير مالك المنفعة.

ملك الرقبة :-

فى مثالنا السابق نجد صاحب البيت يملك بيته، ولكنه لا يملك منفعة هذا البيت ، وملكيته حينئذ ناقصة الى ان يخرج السكان فتعود ملكيته ملكية تامة (الرقبة والمنفعة).

ولكنه طوال نقصان ملكيته، فانه لاحق له فى التدخل بما يضر منفعة السكان، فلاحق له مثلا فى هدم البيت او تغيير مرفق من مرافق الانتفاع فيه الا باذن ورضا من اصحاب المنفعة انفسهم.

ولكن تمتاز ملكية العين او ملكية الرقبة بانها ملكية دائمة، وبانها تنتقل الى الورثة بوفاة المالك الاصلى، وبانها تتحول من ملكية ناقصة الى ملكية تامة اذا انتهت المده المحددة لمالك المنفعة.

ملكية المنفعة :-

تنقسم هذه الملكية الى نوعين :-

ا - حق الانتفاع الشخصى :-

وهو حق يتعلق بالمنتفع وحده دون سواه، وتكون المنفعة مؤقته ومحدودة بحياة المنتفع.

والحنفية يرون ان هذه المنفعة لا تورث، بينما غيرهم يرى عكس ذلك ولكن يخرجنا من هذا الخلاف ما ينص عليه عقد الانتفاع سواء أكان إجارة أو وفقا ام ما يقضى به العرف ايضا.

فاذا نص العقد او قضى العرف بحق الانتفاع الشخصى فقط، فليس للمنتفع حق التصرف فى غير هذه الحدود والعكس صحيح.

انتهاء هذا الحق :-

ينتهى حق الانتفاع الشخصى باحد الاسباب الاتية :-

اولا : بوفاه المنتفع ، وهذا عند الأحناف الذين يرون ان المنفعه لا تورث.

ثانيا : بوفاه مالك العين اذا كان ملك المنفعة بطريق الاجارة او الاعارة، اما اذا كان الملك بطريق الوصية فانه لا يبدأ الا بوفاة الموصى.

ثالثا : انتهاء مدة الانتفاع ، فاذا اجر مالك داره او اعارها او اوصى بها ، وحدد مدة الانتفاع بذلك سنة او سنتين ، فان هذا الحق بالانتفاع يسقط بانقضاء المدة المحددة. ولا يجوز للمنتفع ان يحبس العين بعد هذه المدة.

رابعا : هلاك العين المنتفع بها او حدوث عيب فيها يعطل الانتفاع بحيث لا يقع هذا العيب نتيجة تعد من الغير.

فاذا ثبت التعدى كلف المعتدى باصلاحها او شراء غيرها لتمكين المنتفع باستكمال المنفعة الى تمام المدة المحددة.

٢- حق الانتفاع العينى (حق الارتفاق) :

وقد عرفه الحنفية بانه (حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر)[(١)].

وعرفه غيرهم بانه تحصيل منافع تتعلق بالعقار[(٢)].

فالارتفاق عند هؤلاء اعم منه عند الحنفية لانه يشمل انتفاع الشخص بالعقار فضلا عن انتفاع العقار بالعقار.

والأصل فى هذا الحق قول الرسول :"لا يمنع احدكم جاره ان يغرز خشبة فى جداره "[(٣)] .

---

(١) البحر الرائق، جـ ٦، ص ١٤٨ .

(٢) الأحكام السلطانية للماوردى، ص ١٨٧، جامع الفصولين، جـ ١، ص ٦٥ .

(٣) أخرجة البخارى، فتح البارى جـ ٥، ص ١١٠ ومسلم جـ ٣، ص ١٢٣٠ .

اى ان يغرز خشبة فى جدار جاره لتعود منفعتها على بيته هو.

وهذا الحق كما يتعلق بالملكيات الخاصة بين شخصين ، فانه يتعلق بالمرافق العامة كالانهار والمصارف والطرق، لان هذه المرافق قد انشئت للصالح العام، ولكل فرد الانتفاع بهذه المرافق فى حدود المحافظة على حق الاخرين فى الانتفاع.

انواع حقوق الارتفاق :-

تكلم الفقهاء عن انواع مختلفة لحقوق الارتفاق نوجزها فيما يلى :.

حق الشِّرْب :

وهو حق المشاركة بنصيب فى الماء للسقى والانبات، وهذا الماء اما عام مباح لكل فرد كمياه الانهار والترع، واما خاص فى الانابيب والاوانى، وليس لاحد مشاركة صاحبه فيه، واما مباح اباحة خاصة كمياه الابار والمجارى المائية الخاصة.

وقد نص القانون المدنى المصري[1] على ان من انشأ مصرفا خصوصيا كان له وحده حق استعماله، ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين استعماله بعد ان يكون المالك قد استوفى حاجته منه.

---

(١) مادة ٨٠٨، مدنى .

حق المجرى :

وهو تابع لحق الشرب ، ومعناه : حق اجراء الماء فى ارض الغير لايصاله إلى الارض المراد سقيها.

ويثبت هذا الحق لجلب الماء الصالح لاستيفاء حق الشرب، وحين يكون هذا الحق مشتركا فليس لاحد الشركاء ان يستأثر به ، وانما يقسم الماء بين الشركاء بنسبة الارض او باى وسيلة يتفق عليها.

كما يرتبط بهذا الحق ايضا آخر هو حق المسيل، ومعناه صرف الماء الزائد عن الحاجة بارساله فى مجرى على سطح الارض او فى انابيب حتى يصل الى مستقره.

واذن فان حق المجرى يعنى جلب الماء الصالح وتمريره فى ارض الغير لسقى ارض صاحب الحق.

اما حق المسيل فيقصد به حق تصريف الماء الزائد او غير الصالح فهما - بهذا المفهوم - متقابلان، فكما يكون للجار حق المجرى لمرور مياه الرى من ارض جاره حتى تصل الى ارضه، كذلك له حق المسيل لمرور مياه الصرف بعد رى ارضه من ارض جاره حتى تصل الى اقرب مصرف عام.

حق المرور :-

وهو اكتساب الانسان حق المرور فى ملك غيره ليصل الى ملكه وقد يكون الطريق عاما مملوكا للجميع، ار خاصا ولكن يثبت لبعض الافراد حق فيه.

اما المرور فى الطريق العام فهو حق ثابت للجميع اذ هو من المرافق العامة التى يحق الناس جميعا الانتفاع بها دون اضرار بمصلحة الغير. اما المرور فى الطريق الخاص فهو حق يثبت لشخص واحد او مجموعة معينين من الاشخاص.

ولاصحاب الطريق الخاص الحق فى فتح الابواب والنوافذ عليه بقدر ما تعارف عليه الناس دون زيادة او تعد.

حق التعلى :-

هو حق الانسان فى ان يرتفع ببنائه على بناء غيره، فقد يكون هناك بيت ذو طوابق متعددة، ولكل طابق مالك خاص (كما نلاحظ فى شقق التمليك فى العمارات الكبيرة).

فان لصاحب الطابق الاعلى حق القرار على الطابق الاسفل والانتفاع بالسقف من غير ان يكون مالكا له.

حق الجوار :—

وهو حق كل من الدارين المشتركتين فى حائط واحد، وهذا الحق يفيد كلا من الجارين بتصرفات جاره ، فاذا لم تكن هناك حدود مشتركة، فهناك حق الاداب العامة المفروضة على كل منهما تجاه الاخر .

والاصل فى هذا الحق قول الرسول صلى الله عليه وسلم : " مازال جبريل يوصينى بالجار حتى ظننت انه سيورثه".

بقى ان نذكر ان تسميه الحقوق السابقة "بحقوق الارتفاق" تسميه حديثة اطلقا صاحب " مرشد الحيران" المرحوم قدرى باشا على مذهب الحنيفة.

وقد اورد فقهاء المالكية والحنابلة احكام المرافق السابقة لكن تحت عناوين اخرى غير الارتفاق، حيث اوردها المالكية فى باب (نفى الضرر وسد الذرائع) واوردها الشافعية فى باب (تزاحم الحقوق)، واوردها الحنابلة فى باب (الصلح)[١] .

الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصى :—

١- يتعلق حق الارتفاق بعقار على عقار اخر ، ويسمى العقار الثانى "العقار الخادم" لانه محمل بحقوق للعقار الاول. اما حق الانتفاع الشخصى فان حق الانتفاع فيه محمول من شخص على شيء، وقد يكون هذا الشيء عقارا او منقولا.

(١) انظر الموسوعة الفقهية الكويتية . مصطلح (ارتفاق) .

٢- لا ينحصر حق الارتفاق والانتفاع به فى شخص محدد، بل كل من له مصلحة فى هذا الإرتفاق منتفع. فحق المسيل وحق الشرب ينتفع بهما على انهما من حقوق الارض لا من حقوق الشخص. اما حق الانتفاع الشخصى فانه حق محصور فى شخص او اشخاص موصوفين بأسمائهم او باعيانهم.

٣- لا يزول حق الارتفاق بوفاة المالك للعقار ، لان الانتفاع مرتبط بوجود العقار نفسه.

فما دام العقار المنتفع ، والعقار المنتفع به قائمين فسيظل حق الارتفاق مستمرا.

اما حق الانتفاع الشخصى فانه موقوت الى أجل محدودينتهى بانتهاء هذا الاجل ، كانتهاء عقد الاجارة او الاعارة وغيرهما من العقود التى تنتهى بانتهاء اجلها.

الملك المتميز والملك غير المتميز:

يقصد بالملك المتميز ما كان محددا منفصلا غير مختلط بملك من املاك الغير.

والملكية فى هذه الحالة تكون – عادة – ملكية فردية، اى يكون المالك فردا ، ولو كان هذا الفرد شخصا اعتباريا كهيئة او جمعية معينة . وابرز خصائص هذا النوع من الملك انه مستقل بنفسه، مفرز عن غيره، واضح النسبة الى صاحبه.

اما الملك غير المتميز فهو الذى يشترك فيه اثنان او اكثر دون ان تنفصل حصة كل منهم عن الاخر ، فهم شركاء على الشيوع فى دار او قطعة ارض او ماشابه ذلك، ويقع حق كل شريك على حصة شائعة فى هذا المال.

حكم المال المشاع :.

قد تكون العين المشاعة التى تعلق بها حق الورثة مما يقبل القسمة بحيث لا يتغير وجه الانتفاع بها بعد القسمة، فان كانت كذلك قسمت ولو جبرا بناء على طلب الشركاء.

فاذا لم يتحقق وجه الانتفاع الذى كان مقصودا فيه ولم تقبل العين القسمة ، فان المال حينئذ يكون مشاعا بين الملاك وحكمه ان كل شريك يملك حصته ملكا تاما، وله ان يتصرف فيها ويستولى على ثمارها، وان يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق الشركاء.

فاذا لم يكن فصل الانتفاع ايضا ، فانه يقسم بين الشركاء بنسبة انصبتهم ، او تترك العين لينتفع بها احدهم زمنا بنسبة نصيبه ثم يتركها لغيره وهكذا .

وتسمى هذه القسمة " قسمه مهايأه" لأنها تهيئ لكل فرد من الشركاء فرصته الانتفاع بالعين مدة معينة[1] .

أسباب انقضاء شيوع المال :-

يكون شيوع المال- عادة - حالة مؤقتة مصيرها إلى الزوال، ولكنها قد تدوم فى بعض الأحوال مدة معينة، ولاسيما التركات التى قد يتركها الشركاء طويلا مع اجتماعهم على منفعتها.

وينقضى الشيوع بأسباب مختلفة منها:

١- العقد المنهى للملكية: فقد يبيع أحد المالكين حصته الشائعة فى العين للمالك الآخر، أو قد يبيع المالكان معا هذه العين كلها لمشتر جديد، وحينئذ تنتقل ملكية العين اليه وتصير ملكية متميزة.

---

(١) وقد جاء في مختصر الفتاوى لابن تيمية (٣٢٧):
(إذا طلب الشريك ان يؤجر العين المشتركة ويقتسموا الأجرة أو ان يتهايئوها بقسم المنفعة وجب على الشركاء إجابته إى أحد الأمرين، وليس لهم الغلو، وهو قول مالك وأحمد وأبى حنيفه، فإن أجابوه إلى المهايأة وطلبوا تطويل الدور الذى يأخذ فيه نصيبه وطلب هو تقصيره، وجب إجابته دونهم) فإذا لم يمكن شئ من ذلك، واختلفوا بيعت العين بيعا جبريا وقسم ثمنها بينهم كل بنسبة سهمه فيها، سواء دعا إلى ذلك صاحب النصيب القليل أو صاحب النصبب الكبير(بداية المجتهد ج٢ / ٣٤٠) .

٢- وقد يكون الميراث سببا فى انقضاء الشيوع، فقد يشترك والد ولده فى عين واحدة غير مفرزة، ثم يموت أحدهما فيرثه الآخر، وتخلص ملكية العين له وحده فتكون ملكية متميزة كذلك.

٣- وقد ينقضى الشيوع بالوصية، بأن يوصى أحد المالكين فى الملك المشاع للمالك الآخر بحصته الشائعة.

٤- قسمة العين بين الشركاء اذا كانت تقبل القسمة، وهذا السبب هو فى الواقع سبب رئيسى ن[illegible]ناء الشيوع، لانه هو الذى يقصد به أصلا ومباشرة إنهاء هذه الحالة.

الباب الثانى

نظريـــــة العقـــــد

الفصـــل الأول : حقيقه العقد وشروطـــه .

الفصل الثانـــى : العاقـــد ومحـــل العقـــد .

الفصل الثالـــث : الإرادة والعقـــــــود .

الفصل الرابـــع : أقســام العقــد وخياراته .

الفصل الخامس : إقالـــــه العقـــــد .

الفصل الأول

حقيقه العقد وشروطه

تمهيد :

قام الفقهاء القدامى بالدراسات لموضوع العقود فى أبواب فقهية متعددة كالبيوع والإجارة والنكاح وغيرها .

كما اتجه بعضهم إلى جمع كثير من الفروع المتصلة بموضوع معين وأعطاها تصورا عاما كالفروع المتصلة بالإقرار وأحكام أهل الذمة .

وقد وضع بعض الفقهاء رسائل فى العقود وفى الحقوق وفى الإلتزام وغيرها مما يبنى نظريات عامة فى الفقه الإسلامى .

ومن الأمثلة على ذلك من كتب القواعد الفقهية :

قواعد الأحكام فى مصالح الأنام للعز بن عبدالسلام، الفروق للقرافى، الأشباه والنظائر للسيوطى، الأشباه والنظائر لابن نجيم .

ولكن الفقهاء – مع ذلك – لم يخصصوا للعقد بابا مستقلا من أبواب الفقه، ولم يجعلوه (نظرية) لها معالمها ولها حدودها .

وإنما الذين فعلوا ذلك هم رجال الفقه المحدثون الذين رأوا ضرورة الامتزاج بين الدراسات الفقهية والدراسات القانونية، واقتضى هذا

(الامتزاج) أن يوجد لون من الدراسات المقارنة للنظريات بين الفقه والقانون، حيث كانت النظريات ناحية تنظيمية، وتجميعا لآراء مختلفة منتشره فى أبواب الفقه وأبواب القانون .

وكان الهدف من هذه المقارنات أيضا أن يتخصص نفر من الدارسين فى دراسة الفقه والقانون على السواء .

بعد أن وجد دارسون للفقه دون القانون، أو دارسون للقانون دون الفقه.

ولما كانت العقود تشكل الجانب الرئيسى من جوانب المعاملات فى حياتنا ، فقد صارت دراستها من حيث هى نظرية مستقله من أهم الدراسات للنظريات التى عنى بها الفقه الإسلامى .

المبحث الأول

تعريف العقد

اولا : فى اللغه [1] :

العقد فى اللغة هو الجمع أو الربط بين شيئين أو أشياء مع تقوية هذا الرباط وتوثيقة، فإذا عقدت الحبل فقد شددته وقويته وجمعت بين طرفيه فقويت الاتصال بينهما .

ثم استعمل هذا الفعل فى الربط المعنوى بين الكلامين لـتأكيدهما وتوثيقهما، فيقال : عقدت البيع، وعقدت الصفقه .

ومن هنا سمى اليمين عقدا لأنه محاولة لتأكيد الكلام وتوثيقه والتزام من الحالف بما حلف عليه .

يقول الله تعالى : " **لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم، ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان**"[1]، اى وثقتموها ليزداد المعنى بزيادة المبنى. ومن هنا أيضا سميت العقيده هذه التسمية لأنها إيمان وثيق بفكرة معينه اقتنع بها العقل فإستقرت فى القلب .

---

(1) انظر ماده عقد) فى المصباح المنير، جـ ٢، المعجم الوسيط، جـ٢، مختار الصحاح .

(1) سورة المائدة، الآية ٨٩ .

ثانيا : فى الاصطلاح الفقهى[1]:

تطلق كلمة " العقد" فى الإصطلاح الفقهى على معنين :

المعنى الأول : وهو المعنى الشائع الذى يعرف العقد بأنه ارتباط يحصل بين كلامين أو ما يقوم مقامهما على وجه يترتب عليه حكم شرعى بإلزام لاحد الطرفين أو كليهما .

وهذا التعريف لجمهور الفقهاء .

أما الحنفية فإنهم لا يطلقون كلمة (عقد) إلا على التصرف الذى يكون بين طرفيه، وتنشأ عنه التزامات تقوم بينهما .

المعنى الثانى : وهو الذى يعرف العقد بأنه هو كل ما عزم المرء على فعله عقدا، بمعنى انعقاد النيه وتقوية الإرادة .

وهذا التعريف يتردد بكثرة فى كتب المالكية والشافعية والحنابلة .

والعقد - بناء على هذا التعريف - أعم فى المعنى ، حيث يشمل عندهم ما كان الالتزام فيه من الجانبين كالبيع والإجارة والزواج، وما كان الالتزام فيه بإرادة واحدة كالتصرفات الانفرادية مثل الهبة والصدقة والوصية والإبراء من الدين والوقف وغير ذلك وحين ننظر إلى هذين المعنين فى تعريف

---

(١) انظر : حاشية ابن عابدين، جـ٢، ص ٢٦١، شرح التوضيح علي التنقيح جـ٢، ص ٢٢، المجموع شرح المهذب، جـ ٩، ص ١٦٢، المغنى جـ٤، ص ٣١ .

العقد فإننا سنجد أن المعنى الأول يشترط حتى يكون هناك عقد أن يتوافر اجتماع ارادتين، وعلى هذا فإن التصرف الانفرادى أو الارادة المنفردة لا يوجد معها عقد، ولا تطلق عليها هذه التسمية الا على سبيل المجاز .

اما المعنى الثانى فإن مدلول العقد فيه اعم من ذلك وأشمل، لانه ينتظم التصرفات الصادرة عن ارادتين كما يشمل التصرفات الصادرة عن ارادة واحدة .

وإذا اردنا صياغة واحدة لتعريف العقد تستوعب المعنين السابقين معا فهو :

(كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعى، سواء أكان صادرا من طرف واحد أو من طرفين متقابلين)[1] .

والتصرف فى اصطلاح الفقهاء : كل ما يصدر عن شخص بإرادته ويرتب عليه الشارع نتائج حقوقية[2] .

والعلاقة بين التصرف والعقد أن التصرف أعم من العقد، لأن العقد نوع من أنواع التصرف القولى الذى ينشأ بين ارتباط ارادتين ويستلزم وجود طرفين .

---

(١) انظر، المدخل للفقه الإسلامى، د/ محمد سلام مدكور، ص ٥٠٦، نظرية العقد الموقف، د/ عبدالرازق حسن فرج، ص ١٢ .

(٢) المدخل الفقهى العام، للأستاذ مصطفى الزرقا، ص ١٩ .

ومن هنا نستطيع أن نقول إن كل تصرف عقد وليس كل عقـد تصرفا

ومع هذا فقد رأينا أن الفقهاء يطلقون اسم العقد على ما ينشأ بإرادة واحدة، كما يطلقونه على ما ينشأ بإرادتين .

وهذا يخالف ما عليه تعريف العقد فى القانون، إذ هو فى القانون (توافق إرادتين على إحداث اثر قانونى سواء أكان هذا الأثر إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهاءه)[1] .

وعلى ذلك فإن الإرادة المنفردة لا تسمى - فى فقه القانون - عقدا، كما لا يوجد العقد بمعناه القانونى إذا لم يتوافر القصد إلى احداث آثار قانونية .

فالإتفاق - مثلا - على نزهة أو وليمة لا يسمى عقدا، لإنه لا يؤدى إلى إحداث آثار قانونية .

وثمه خلاف آخر بين الفقه والقانون من حيث التقاء الإرادتين : فحيث يرى القانون هذا الالتقاء مجرد اتفاق بين الإرادتين، يرى الفقه أن هذا الاتفاق يجب أن ينتج ارتباطا بين هاتين الارادتين، إذ قد يحصل الاتفاق بين الارادتين دون أن تتحقق الشروط المطلوبة شرعا للانعقاد، فلا يعتبر إذ ذاك

(١) انظر : د/ السنهورى : نظرية الالتزام، ص ٢٦، د/ سمير تناغو: نظرية الالتزام، ص ١٧، د/ جميل الشرقاوى : مبادئ القانون، ص ٤٠٢ .

ارتباطا أو انعقادا رغم اتفاق الارادتين .

كما أن تعريف العقد فى الفقه الإسلامى بأنه (تصرف ينتج عنه حكم شرعى) يضفى صفه الشرعية على نتيجة التصرف، فلا يجوز - مثلا - التعاقد على الخمر أو على الزنى .

أما مجرد اتفاق الإرادتين فى القانون - فإنه يشمل العقد الباطل الذى يعتبره الشرع لغوا لا ارتباط فيه، لان هذا الاتفاق يعنى واقعه مادية .

أما التعريف الفقهى فإنه يعرف العقد بحسب الواقعه الشرعية، وهى الارتباط الاعتبارى بين إرادتين[1] .

---

(١) انظر : الفقه الإسلامى في ثوبه الجديد للأستاذ / مصطفى الزرقا، جـ١، ص ٢٧٨، أحكام العقود، د/ عبدالناصر توفيق العطار، ص ٤٢ .

المبحث الثانى

تكوين العقد

تمهيد :

لابد لتصور العقد أن نتصور وجود "مكونات" معينه تعد هى أطراف العقد أو اركانه على اختلاف بين الفقهاء كما يتضح بعد ولكن الذى يعنينا هنا أن نقول انه لابد من عاقدين لإنشاء العقد على اعتبار انه تصرف لا يتم الا بين طرفين .

وهذان العاقدان هما اللذان يرغبان فى التعاقد فتصدر منهما العبارات الدالة على رغبتهما فى التعاقد، ويكونان ملتزمين بما يترتب على العقد من تعلق الحكم الشرعى به .

ومن محل للعقد أو موضوع له كالسلعه فى عقد البيع، والمنفعة فى عقد الإجارة .

ولابد أيضا من وجود صيغه يتكون منها العقد كقول البائع : بعت وقول المشترى : إشتريت .

وهذه الصيغة التى ينشئها العاقدان هى ما يسمى بالإيجاب والقبول .

أركان العقد وشروطه :

يختلف الفقهاء حول تعريف الركن على النحو التالى :

يرى الحنفية أن الركن هو ما كان جزءا من الشئ، ويتوقف وجود هذا الشئ عليه كركن الحجرة الذى هو جزء منها وعامل رئيسى فى بقائها .

وعلى هذا الاعتبار فإن ركن العقد عندهم هو الإيجاب والقبول فقط، وهما اللذان يكونا صيغه العقد .

أما العاقدان ومحل العقد فليسا من أجزاء العقد، وإنما هما لوازم للإيجاب والقبول، لأنه يلزم من وجود الإيجاب والقبول وجود موجب وقابل .

كما أن وجود الموجب والقابل مرتبطين بشـــرط يستلزم وجود محل يظهر فيه أثر هذا الإرتباط .

أما الجمهور فإنهم يرون أن ركن العقد يشمل الثلاثة (الإيجاب والقبول - العاقدين - محل العقد) .

لأن الركن عندهم هو ما لابد منه لتصور العقد ووجوده، سواء أكان جزءا منه أم مختصا به .

ومهما يكن من أمر فإن هذه الامور الثلاثه ضرورية لتكوين العقد بالإجماع، سواء أكانت ركنا أم كانت شروطا لهذا الركن .

فإن الشرط هو ما يتوقف وجود الشئ على تحقيقه دون أن يكون جزءا منه .

فالركوع ركن فى الصلاة لأنه جزء منها ، والطهارة شرط فيها حيث لا تتحقق الصلاة إلا بالطهارة، مع أن الطهارة ليست جزءا من الصلاة .

وعلى هذا فإن ركن العقد عند الحنفية ينحصر فقط فى الإيجاب والقبول، لأن ركن العقد كما ذكرنا ربط بين كلامين أو عبارتين تصدر كل منهما عن طرف، وتسمى العبارة الأولى إيجابا ، كما تسمى العبارة الثانية قبولا[1] .

وذلك على إعتبار أن الإيجاب معناه الإثبات، والعبارة التى تصدر اولا إثبات لصاحبها بالتزام معين .

اما العبارة التى تصدر ثانيا فهى مبنية على العبارة الأولى ومعبرة عن قبول ما جاء فيها .

فإذا قال رجل لصاحبه : بعتك هذه السيارة بألف، فمعنى ذلك أنه بخروج هذه السياره من ملكه نظير ألف جنيه، وإيجابه يتضمن هذا الإلتزام.

فإذا صدر القبول من صاحبه بعد ذلك فإن معنى هذا قبول الالتزام والرضا بدفع المبلغ الذى حدده البائع .

---

(١) انظر فتح القدير، جـ ٢ ، ص ٣٤٤ .

ولذلك كان القول الاول - عند الحنفيه - هو الإيجاب، إذ هو عماد الالتزام، وكان القول الثانى هوالقبول لانه رضا بما فى الأول من التزام[1] .

ولكن غير الحنفية يرون أن الايجاب هو ما صدر من صاحب الملك حتى وان صدر متأخرا، وان القبول يكون ممن ستنتقل اليه الملكية وإن صدر أولا[2].

اى أن الإيجاب فى مثالنا يكون من البائع دائما، وإن القبول يكون من المشترى دائما، ولا عبرة بأسبقية إحدى العبارتين للأخرى.

كما يكون الإيجاب بناء على هذا الإعتبار - من المؤجر فى عقد الإيجار، ومن الزوجة أو وليها فى عقد الزواج .

لأن المؤجر هو الذى سيعطى المستأجر منفعه العين، والزوجة أو وليها سيملك الزوج العصمه وهكذا .

والرأى الأول - وهو رأى الحنفية - أولى الرأيين بالاعتبار فى نظرنا إذا أن العبارة التى نشأت اولا فأنشأت رغبه من العدم لا يتصور أن تكون قبولا لإيجاب لم يحدث بعد .

---

(١) أنظر : الملكية ونظرية العقد، ص ٢٠٢، الشيخ أبو زهرة .
(٢) المجموع ٧، ص ١٦، المغنى ٣، ص ٥٦١ .

فالمشترى الذى يبدى رغبة فى شراء سلعة ما هو صاحب الإيجاب مادامت رغبته قد صدرت اولا وإن كان هو الذى ستنتقل اليه الملكية، والبائع الذى تصدر عبارته متأخرة بناء على الرغبة المتقدمة للمشترى هو صاحب القبول وإن كان هو صاحب الملك .

أى أن القبول يصدر دائما متأخرا عن الإيجاب وبناء عليه :

شروط فى إرتباط الإيجاب بالقبول :

أولا : موافقة القبول للإيجاب :

يجب أن يكون القبول موافقا للإيجاب فى كل جزئية من جزئياته، فإذا اختلفا فى إحدى الجزئيات، فانه لا يترتب عليها أثر ولا يصح بهما العقد .

وتوافق الإيجاب مع القبول يتمثل فى اتحاد موضوعهما بأن يردا على معنى واحد يجمع جزئياته، كما تكون الموافقة صريحة أو ضمنيه .

فلو حدد البائع مائة جنيه ثمنا لسلعته، فقال المشترى : قبلت بمائة وخمسين، فإن العقد ينعقد ويصير صحيحا، لأن القابل بالاكثر قابل من باب أولى بالاقل، غير انه لا يلزمه عند الدفع الا المائه التى حددها البائع، لأن المشترى لا يملك أن يدخل فى ملك غيره شيئا من غير رغبته .

ويكون الإيجاب والقبول فى هذه الصورة متوافقين ضمنا .

وكذلك يكون من الموافقة الضمنيه أن يعرض التاجر سلعته بمائه جنيه على اقساط، فيقول المشترى : قبلت بمائه نقدا .

ولا يرتبط الايجاب والقبول فى مثل الصور الآتية :

لو قال البائع للمشترى : بعتك هذا الثوب بمائة، فقال المشترى : قبلت بخمسين، أو قال البائع : بعت هذا الشئ بمائه جنيه نقدا، فقال المشترى : قبلت بمائه على أقساط .

لأن القبول لم يتوافق مع الإيجاب فى كل جزئيات العقد .

كما يعد من مخالفه القبول للإيجاب تجزئه الصفقه ولو مع المحافظة على نسبه البدل .

فإذا عرض البائع بيع كمية من القمح مثلا بثمن معين، ثم قبل المشترى شراء نصف الصفقه بنصف الثمن، فإنه لا ينعقد البيع لمخالفة القبول للإيجاب، ولأن تجزئ الصفقه قد يضر بمصلحة البائع التى يستهدفها التشريع الإسلامى، وإلحاق الضرر بأى من الطرفين المتعاقدين يمنع انعقاد العقد .

ولكن لو بين البائع ثمن كل من سلعتين مختلفتين عنده بأن قال : هذا الثوب بخمسه عشر جنيها، وهذا بخمسة، فقبل المشترى فى احدهما دون الآخر جاز البيع لانعدام تفريق الصفقه من المشترى بل أن البائع هو الذى فرق

الصفقة حيث سمى لكل واحد منهما ثمنا على حده .

وكذلك لو قال البائع للمشترى : بعتك هذين الثوبين المتماثلين بعشرين جنيها، فقبل المشترى شراء احدهما بعشرة جنيهات، وقال البائع بعت ... جاز البيع[1] .

ولقد اشترط الفقهاء فى توافق القبول مع الإيجاب ثلاثه شروط :

(١) أن يكونا فى مجلس واحد، لأن الإيجاب لا يكون جزءا من العقد إلا إذا التحق به قبول .

(٢) ألا يصدر من العاقد الثانى ما يدل على إعراضه بأن ينفصل بينهما بكلام أجنبى لا علاقة له بموضوع العقد، وذلك لأن الفصل بكلام اجنبى يعد إعراضا عن الإيجاب ورفضا له، ولو جاء القبول بعد هذا الاعراض لكان قبولا على غير ايجاب .

(٣) ألا يرجع الموجب فى ايجابه قبل قبول الطرف الآخر، لأنه إذا رجع فى ايجابه فقد سحب الإيجاب وصار كأن لم يكن ولصاحب الإيجاب حق فى الرجوع مالم يقيد بالقبول وذلك لأن الإيجاب وحده لا ينشئ العقد، بل لابد من انتظار القبول فإذا رجع الموجب عن إيجابه صراحة بالقول، أو ضمنا بالتشاغل أو الانصراف من

(١) بدائع الصنائع، جـ، ص ١٣٧ .

المجلس أو غير ذلك فإن العقد لا يوجد، ويعد مجلس العقد منتهيا، والحنفية يسمون ذلك (خيار الرجوع)[1].

أما جمهور فقهاء المالكية فإنهم يرون انه ليس للموجب حق فى الرجوع عن إيجابه الا بعد أن يترك لصاحبه فرصة قبول العقد أو رفضه، لأنه بإيجابه قد التزم امرا تعلق به حق الطرف الآخر.

أما فقهاء المذاهب الأخرى فإنهم لا يرون هذا الرأى، لأن فيه تقييدا لصاحب الإيجاب، وتحديدا لحريته فى العدول عما رآه.

وأساس صحة العقود مبنى على التراضى من الجانبين، فهم يقررون حق الموجب فى الرجوع قبل قبول الطرف الآخر اعتمادا منهم على أن الموجب لم ينشئ إلتزاما، وإنما إيجابه مجرد عرض بقبول الطرف الآخر، وما دام كذلك فله حق العدول.

وهذا الرأى الثانى اقرب إلى الصواب فى نظرنا لانه يؤكد حرية الموجب وحقوقه بما لا يضر بالطرف الآخر الذى يستطيع أن يتروى ويوازن بين الأمور قبل أن يلتزم بالعقد قبولا أو يتحلل منه رفضا، وحق الملكية - عادة - أقوى من حق التملك، فالأول ثابت لصاحبه اصالة وحقه فى التمسك به أقوى من حق غيره، فإذا رجع فقد أبطل ايجابه السابق، والثانى - وهو حق التملك - لا يصير للطرف الثانى الا برضا الطرف الأول.

---

(١) فتح القدير، جـ، ص ٧٨، البدائع جـ، ص ١٣٤، حاشية ابن عابدين، جـ٤، ص ٢.

ثانيا : اتصال القبول بالإيجاب فى مجلس العقد .

مجلس العقد هو المكان الذى يوجد فيه المتعاقدان، ويبدأ هذا المجلس من وقت صدور الإيجاب ويبقى مادام المتعاقدان منصرفين إلى التعاقد ولم يصدر من احدهما إعراض عنه .

ويقصد باتصال القبول بالإيجاب فى هذا المجلس - عند الشافعية - صدور القبول فورا عقب الإيجاب، لأن الإيجاب اذا لم يصادف قبولا فوريا لم ينعقد العقد .

أما غير الشافعية فإنهم لا يشترطون القبول الفورى، لأن القابل يحتاج إلى التدبر والتأمل حتى يقبل أو يرفض، وألزامه بالرد الفورى تضييق عليه.

ويتصور انعقاد المجلس فى اجتماع العاقدين فيه بحيث يصدر القبول والإيجاب كلاهما فى هذا المجلس، فإذا انصرف صاحب الإيجاب قبل أن يسمع القبول فقد بطل إيجابه، حتى ولو قبل الطرف الآخر بعد ذلك، لأن القبول حينئذ لا يعد متمما للعقد .

كما يتصور انعقاد المجلس فيما إذا كان احد المتعاقدين حاضرا والآخر غائبا، فإن المجلس يظل منعقدا حتى يعلم الطرف الغائب بالإيجاب ويجب عليه فور وصول الإيجاب أن يبدى رأيه ليتحقق بذلك اتصال القبول بالإيجاب .

خيار المجلس :

بناء على اشتراط الشافعية فورية القبول فى المجلس، فإنهم أيضا يثبتون الحق لأحد المتعاقدين فى فسخ العقد طالما كان المجلس منعقدا، وهم فى هذا يلاحظون مصلحة المتعاقد فى قبول العقد ورفضه، ويعد الرفض فسخا للعقد الذى تم بالفعل .

وهذا الخيار عندهم يتم بشرطين :

١- أن يقع الخيار فى مجلس العقد، فإذا انتهى المجلس أو تم القبول سقط حقه فى الفسخ .

٢- أن يكون هذا الخيار فى عقود المعاوضات فقط كالبيع والإجارة أما عقود الزواج فلا خيار فيها لأنها تتم عادة بعد إعمال الفكر والروية فلا حاجة فيها إلى خيار المجلس[١] .

كما يأخذ الحنابلة ايضا بخيار المجلس الذى يأخذ به الشافعية .

---

(١) يقول ابن تيميه : ان قول من قال من الفقهاء من أصحاب ابى حنيفة ومالك وغيرهم إن النكاح لايقبل الفسخ لا دليل عليه، بل الكتاب والسنه والآثار والقياس تدل على نقيضه، وأن النكاح يقبل الفسخ كما هو قول أصحاب الرسول واكثر السلف وهو مذهب الشافعى واحمد .
والنبى ﷺ مكن الزوجة التى لم تستأمر أن تفسخ نكاحها وهذا وإن كان فى النكاح الذى لم تأذن المرأة فيه فإن المعنى كونها لم ترض به، وهذا موجود فى كل نكاح رضيت به على صفة فتبين خلافها، وقد اثبت الخلفاء الراشدون الفسخ بالعيوب ، كما يعد الخلع فسخا بالكتاب والسنه (نظرية العقد لإبن تيميه، ص ١٥٦) .

وقد قال مالك وأبو حنيفة وأصحابها وطائفة من أهل المدينة إن البيع يلزم فى المجلس بالقول وإن لم يفترقا .

حجة القائلين بخيار المجلس :

تتلخص أدلة الشافعية والحنابلة فى إثبات خيار المجلس فيما يأتى :

(١) قول النبى ﷺ " البيعان بالخيار مالم يتفرقا" ويمكن تفسير هذا الحديث بأن العقد بعد تمامه يستمر غير لازم مادام العاقدان فى مجلس العقد لم يغادره، ولذلك كان ابن عمر إذا بايع أحداً، وأحب أن ينفذ العقد مشى قليلا ثم رجع، وذلك ليتم التفرق الذى جعل حدا لخيار المجلس ينتهى عنده. كما تفسر كلمة "البيعان" بالعاقدين اللذين تم بينهما الإيجاب والقبول.

(٢) أن التراضى أساس فى العقود، لأن كلا من العاقدين يطلب ما عند الآخر ورضى به، ومن هنا كان لابد أن يكون لدى العاقد فسحة من الوقت للتفكير والتدبير حتى يختار امره على بينه، وهذه الفسحة هى مجلس العقد الذى يعد فى عقود المعارضات مجلس مساومة، حتى إذا انقض المجلس وانصرف كل من العاقدين مصبرا على العقد اعتبر ذلك دليلا على رضاهما فاستقر العقد ولزم كلا منهما .

وقد تعارف الناس على أن تفرق المجالس يعد دليلا على انتهاء التردد وإشارة إلى العزم على عقد التصرفات .

والمالكية والحنفية يخالفون الشافعية والحنابلة فى الاخذ بخيار المجلس ويرون الزام الموجب بإيجابه حتى يتصل به قبول الطرف الآخر فلا يملك الرجوع فى المجلس .

وقد منعوا خيار المجلس فى كل العقود سواء أكانت لازمة ام غير لازمة وحجتهم فى منع خيار المجلس .

(١) ورود النصوص المحكمة القاطعة بوجوب الوفاء بالعقود فى مثل قوله تعالى : " **يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود** "[1]. فيتحقق العقد يجب الوفاء به، وإن تعليق الالتزام على تفرق المجالس يفيد بمقتضاه عدم لزوم الوفاء بمجرد العقد، وفى ذلك مناقضه للنص القرآنى الذى الزم بالوفاء بالعقود .

(٢) إذا كان التراضى بين المتعاقدين هو أساس الالتزام، فإنه بمجرد انعقاد العقد بينهما يثبت الرضا، فيثبت الالتزام من غير حاجة إلى انتظار المجلس، لأن فى هذا الانتظار اهمالا لمعنى الرضا الذى دل عليه وجود الإيجاب والقبول من عاقلين مختارين .

---

(١) سورة المائدة، الآية ١ .

(٣) اتفاق الفقهاء جميعا على عدم إثبات خيار المجلس فى عقود الزواج اعتمادا على قول الرسول ﷺ : " إن أحق الشروط أن توفوا ما استحللتم به الفروج" .

وقد قاس الحنفية والمالكية عقود المعارضات على عقود النكاح فى إبطال خيار المجلس، وقالوا إنه لا فرق بين النكاح والمعاوضات فى كون كل منهما ينعقد بالإيجاب والقبول، وفى أن الرضا هو أساس الإلتزام فى كلا النوعين من العقود فلا تصح التفرقة بينهما .

وما يقال بشأن التفكير والتروى فى عقود النكاح يقال مثله فى عقود المعاوضات، فإن المعاوضات ذات الشأن والخطر لابد من التروى فيها قبل العقد .

وما نراه هنا هو ما رأيناه فى حق الموجب فى الرجوع عن إيجابه، إذ أن الاحتياط والعرف يجعلان الالتزام لا يتم الا بتفرق المجالس وما دام المجلس منعقدا فحرية كل من العاقدين قائمة فى فسخ العقد أو انفاذه .

ثالثا : اهلية المتعاقدين :

من شروط ارتباط الايجاب والقبول أن يكون كل منهما صادرا عن شخص مميز يدرك معنى ما يقول، وأن يكون تعبيره صادرا عن قصد وإرادة،

فهو يقصد إلى الأثر الذى تنتجة عبارته، حيث يكون الارتباط دائما بين الإرادة التى تظهرها العبارة .

فإذا صدر الإيجاب أو القبول أو كلاهما عن شخص نائم أو مجنون أو صبى غير مميز كان غير ذى قيمه ، ولا تترتب عليه آثار شرعية، كما لا ينعقد به العقد .

وكذلك إذا صدر من شخص مميز عاقل ، ولكن كانت إرادته محل شك واحتمال، فإن كان فى هذه الإرادة شك لم ينعقد العقد.

المبحث الثالث

صيغة العقد

التعريف بالصيغة :

الأصل فى العقد اتفاق الأرادتين وتراضيهما وتوجه كل من طرفى العقد لإنشائه وإبرامه، ومن ثم فإن التعبير الذى يبرم هذا الاتفاق ويحقق التراضى فينتج عنه العقد هو الصيغة المطلوبة وإذن فإن الصيغة هى التى تظهر الارادة وتعبر عنها وهى ما يتحقق بها الإيجاب والقبول .

والصيغة على هذا الاعتبار هى الصورة الخارجية للعقد، حيث الصورة الداخلية هى النيه أو هى بتعبير اصطلاحى الارادة الباطنة .

وتكون الصيغة - إذن - هى الارادة الظاهرة المعبرة عن النية المستترة لكل من العاقدين .

وسائل التعبير عن الارادة :

هناك وسائل مختلفة للتعبير عن ارادة كل من طرفى العقد نذكر منهما ما يلى :

(أ) التعاقد بالكلام :

الكلام هو الأصل فى التعبير عن الارادة والكشف عن الرغبة المكنونة، وهو أقوى وسائل التعبير لانه يملك اسباب التحديد والتوضيح، كما انه ايضا ايسر الوسائل للتفاهم بين اثنين لديهما القدره على التعبير بالكلمة، ولديهما ايضا القدرة على الفهم والإفهام .

والأساس فى انعقاد العقد أن يتلفظ كل من طرفيه (الإيجاب والقبول) باللغة التى يفهمانها متى كان التعبير دالا دلالة حقيقية على ارادتهما لا فرق فى ذلك بين عقد وآخر، أو بين عبارة وأخرى مادات العبارة واضحة فى اظهار المعنى المقصود .

ويتجه الحنفية هذا الاتجاه لان العبرة عندهم بالمعانى التى تحملها الألفاظ لا بالألفاظ نفسها .

غير أن جمهرة الفقهاء من الحنابلة والشافعية والمالكية لا يكتفون بمجرد دلالة الألفاظ على ارادة المتعاقدين فى الزواج بالذات، بل لابد من لفظى (الزواج) والنكاح وما يشتق منهما، وذلك لجلال الزواج وخطره، ولورود اللفظين فى القرآن الكريم مما يضفى عليهما معنى العبادة والتقرب إلى الله .

ومن هنا فإن هؤلاء الفقهاء لم يقبلوا غير هذين اللفظين ومشتقاتهما من القادين على التخاطب باللغة العربية .

اما غير القادرين فإن عقد الزواج يتم بالعبارة المؤدية إلى الغرض المقصود.

بينما نجد الحنفية يقبلون اى لفظ يؤدى فى النهاية إلى المعنى المقصود سواء أكان هذا اللفظ صريحا فى الزواج، أم أدى إلى ذلك بطريق غير مباشر كألفاظ الهبة والتملك وغيرها .

فلقد عبر القرآن عن الزواج بلفظ الهبة فى قوله تعالى : " **وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبى** "[1] .

كما عبر المهر بلفظ الأجر فى قوله تعالى : " ... **فآتوهن أجورهن فريضة** "[2] .

كما عبر الرسول عن الزواج بلفظ الملك فى قوله لأحد أصحابه : ملكتك إياها بما معك من القرآن" أو نحو ذلك .

وإذا كان أساس العقود - ومنها عقد الزواج - أن يتراضى الطرفان وان تلتقى ارادتهما بأى وسيلة من الوسائل اللفظية فلا وجه لتقييدهما باستعمال ألفاظ من مادة معينة للتعبير عما يريدان ما دامت هناك بجانب هذه الألفاظ ألفاظ اخرى تدل على مرادهما بلا أدنى شك .

---

(١) سورة الأحزاب، الآية ٥٠ .

(٢) سورة النساء، الآية ٢٤ .

الزمن فى ألفاظ العقود :

تتجه المذاهب المختلفة إلى أن الإيجاب والقبول يجب أن يكونا بلفظين ماضيين لا بلفظين يدلان على الاستقبال، ولا بلفظين احدهما أمر والآخر مضارع، كأن يقول أحدهما : يعنى هذه السيارة بألف جنيه، فيقول الآخر أبيعك .

فإن هذا لا يعدو أن يكون مساومة من الأول ووعدا من الثانى ولقدفضل الفقهاء الألفاظ الدالة على الماضى لاستخدام الرسول لها فى عقودة المختلفة، ولأن اللغة العربية تقصر الالفاظ المنشئة للعقود على الألفاظ الماضية .

كما لا ينعقد الإيجاب والقبول بصيغة الاستفهام بأن يقول المشترى للبائع : أتبيع هذا الشئ بكذا؟ فيقول البائع : بعت، ولا ينعقد ذلك مالم يقل المشترى - بعد ذلك - اشتريت .

وكذلك اذا قال البائع للمشترى : أشتر منى هذا الشئ بكذا، فقال أشتريت ... لا ينعقد مالم يقل البائع "بعت"[1] .

على اننا نجدهم يقررون ايضا أن العبرة فى العقود بمعانيها لا بألفاظها وبالمقصود النفسى للعبارة لا بالمفهوم اللغوى المجرد لها .

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٦، كتاب البيوع،ص ٢٩٨٤، ط. الإمام .

ومن هنا فإنه لا فرق بين (بعت) بالماضى و(أبيع) بالمضارع مادام العقد متوقفا على النيه، بل قد ينعقد العقد بغير الماضى، إذا توافرت النيه على انفاذه، ولا ينعقد بالماضى إذا لم تتوفر هذه النيه[1].

ومن هنا نستطيع أن نقول انه مادامت النيه هى مناط الألفاظ فى العقود، فإنه لا عبرة بزمن هذه الألفاظ ماضية كانت ام مستقبلة، مادام العرف يقرر دلالتهما والنيه مقترنه بها ومعها ما تحمل فى ثناياها من إرادة ورغبة فى العقد فى الحال[2].

(٣) الرسالة والكتابة :

تقوم الكتابة بين الغائبين مقام النطق بين الحاضرين، بل إنها تصلح أداه للتعاقد بين الحاضرين وإن كانوا قادرين على النطق .

وما دامت الكتابة واضحة تؤدى المعنى المقصود فإنها وسيلة معترف بها فى كل العقود .

ولكنها تظل وسيلة ثانوية بالقياس إلى اللفظ فى التعبير عن الإرادة، ولقد اعتبرها جمهور الفقهاء وسيلة للتعبير فيما عدا عقد الزواج، فإنهم لم

---

(١) فتح القدير : كتاب البيوع، جـ ٥، ص ٧٦، بداية المجتهد، جـ٢، ص ٢١٦ .

(٢) الملكية ونظرية العقد : الشيخ محمد أبو زهرة، ص ٢٣٤ - ٢٣٦ .

يجيزوه بالكتابه عند التمكن من اللفظ لاشترط شهادة الشهود والرغبة فى الإعلان عملا بالسنه وزيادة فى الاحتياط، حيث تترتب على الزواج آثار قويه تتعلق بالأعراض والأنساب .

وهذا المسلك هو الذى دعا الفقهاء إلى الزام المتناكحين القادرين على النطق باستعمال اللفظ .

أما فى العقود الأخرى غير الزواج فإن المالكية والحنابلة قد اعتبروا الكتابة فيها وسيلة موازية للألفاظ المنطوقة وأجازوا التعاقد بها مطلقا، وقد جاء فى (حاشية الدسوقى جـ٣/٣) قوله : (وينعقد العقد بما يدل على الرضا من قول أو كتابه أو إشارة من العاقدين أو من أحدهما) .

أما الشافعية والأحناف فقد اعتبروا الكتابة وسيلة إحتياطية تقوم مقام اللفظ إذا لم يتيسر اللفظ [١] .

أما التعاقد بالتراسل بين غائبين فإن المذهب الشافعى يمنعه على أساس انه ليس هناك ضرورة تتيحه مع إمكان التعاقد باللفظ ولو عن طريق الوكالة عن العاقد الأصلى [٢] .

---

(١) البحر الزخار، ص ٦٦١ .

(٢) المهذب للشيرازى، جـ١، ٢٧٥ .

والمذهب الحنفى يجيز التراسل فى التعاقد بين غائبين على اساس أن الرسالة لها حروف تؤدى المعنى المعلوم، فهى بمنزلة الخطاب من الحاضر وقد جاء فى (بدائع الصنائع)[1] قوله : (وأما الكتابه فهى أن يكتب رجل اما بعد .. فقد بعت عبدى فلانا منك بكذا، فبلغه الخطاب فقال فى مجلسه : إشتريت ، لأن خطاب الغائب كتابه، فكأنما حضر بنفسه وخاطب بالإيجاب وقبل الآخر فى المجلس) .

وبناء على ذلك فإن مجلس العقد يكون هو المجلس الذى بلغ فيه الرسول أو الكتاب إلى المرسل إليه، فإذا كتب الموجب إيجابه للطرف الآخر فى رسالة، أو أرسل به رسولا وجب على صاحب القبول أن يقبل أو يرفض فى المجلس الذى وصلته فيه الرسالة أو الرسول، فإن ترك المجلس أو صدر منه ما يدل على الإعراض عن الإيجاب، كان قبوله بعد هذا لا قيمة له ولا إعتبار.

(٣) التعبير بالإشارة :-

ينعقد العقد بالإشارة على التفصيل الذى نعرضه فيما يلى :-

- يرى الحنفية أن الإشارة تجزئ عن النطق إذا كان المتعاقد أبكم منذ ولادته، فإذا كانت هذه العلة طارئة عليه فلا تعتبر إشارته إلا إذا فقدنا الأمل فى شفائه.

---

(١) جـ ٥، ١٣٨ .

ولا تقبل الإشارة ولا ينعقد بها العقد من القادرين على الكلام، لأن الإشارة وإن عبرت عن المقصود بوجه عام، فإنها لا تحدد تفصيلا كما تحدده الألفاظ[1].

بينما يرى المالكية والحنابلة انعقاد العقد بالإشارة من الأبكم وغير الأبكم مادامت مؤدية إلى المعنى المقصود، ومادام الناس قد تعارفوا عليها وتفاهموا بها، وإن غير الآخرس كالأخرس في إعتبار إشارته المفهومة[2].

ومن الفقهاء من لا يجيز عقود الآخرس بالإشارة إذا كان يجيد الكتابة، لأن الكتابة أقوى في الدلالة من الإشارة ، ولا يصح العدول عن الدلالة القوية إلى الدلالة الضعيفة ما أمكنت هذه وكانت في الإستطاعة.

ومن الفقهاء من يقبل الإشارة من الآخرس وإن كان قادرا على الكتابة، لأن العبارة هي الأصل، فإذا لم تكن ممكنة، كانت كل الوسائل سواء في التعبيرلا فرق بين إشارة أو كتابة أو غير ذلك.

على أن الإشارة إذا دلت على إرادة صاحبها القادر على الكلام، فإنه لا بأس من الإعتداد بها، لأن المهم أن يكون التعبير عن الإرادة صحيحا صراحة أو ضمنا.

---

(١) أنظر بدائع الصنائع ج٥ /١٣٠، حاشية ابن عابدين ج٤/١٠.

(٢) الشرح الكبير للدردير ج٣/٣، مواهب الجليل ج٤/٢٢٩، المغنى ج٦/٥٣٤.

وقد جرى القانون المدنى على ذلك، حيث يقول د/السنهوري[1]: (وأية إشارة من غير الآخر سن تواضع الناس على أن لها معنى خاصا يكون تعبيرا صريحا عن الإدارة كهز الرأس عموديا دلالة على القبول، وهزه أفقيا أو هز الكتف دلالة على الرفض).

٤- التعاقد بالأفعال (المعاطاه) :-

المعاطاه مأخوذة من الفعل (أعطي)، وعملية المعاطاة أخذ وعطاء، أى أنها مبادلة فعلية تدل على تبادل الإرادتين والتراضى دون تلفظ بإيجاب وقبول، وتسمى هذا المبادلة (بيع المراوضة).وعلى هذا فإن الأساس فى هذه المبادلة هو الأفعال التى هى أسباب لإنشاء معاملة سواء كانت هذه المعاملة عقدا أو تصرفا.

وسواء أكان الفعل بنحو التعاطى كما هو ظاهر التعبير بالمفاعلة، أم كان بنحو الإعطاء والأخذ كما فى النسيئة والسلم والقرض ومن صورة المعاطاة أن نجد سلعة معروضة مع بائع فى الطريق، وقد وضع لافتة بثمنها، فتمديد يدك فتأخذها بعد دفع الثمن كما تفعل ذلك مع باعة الصحف والمجلات، ومن ذلك أيضا ما تعود الناس على تناوله من مشروبات معروفة الثمن، فهم يأخذون منها ما يريدون، ويدفعون الثمن الذى يعرفون.

---

(١) الوسيط /١٧٦.

ومن باب المعاطاة أيضا أن تركب سيارة عامة، ثم تدفع أجرة الراكب بعد أخذ (التذكرة) من المحصل...إلى آخر هذه الصور من المعاملات.

والظاهر أن البيع بالمعاطاة أقدم زمانا وأوسع نطاقا من البيع بالصيغة المكونة من الإيجاب والقبول.

فلا شك أن الناس كانوا يبادلون الأجناس بالأجناس من غير إنشاء المعاملات باللفظ.

وقد كان ذلك معروفا فى عصر النبوة وبعده دون أدنى شبهة مما يدل على أنه لا فرق بين إنشاء البيع بالصيغة وبين المعاطاة فى شئ من الآثار صحة ولزوما.

آراء الفقهاء فى العقد بالتعاطى :-

إن العقد بالتعاطى يكون فى رخيص الأموال ونفيسها، غير أن جمهور الفقهاء قد إتفقوا على عدم جواز عقد النكاح بالأفعال .

فلا يجوز لرجل أن يدفع مبلغا من المال إلى إمرأة على أنه مهرها دون كلام، ثم تتابعه هى أيضا دون أن تتلفظ بلفظ يدل على القبول، لأن للنكاح إعتبارا دينيا متصلا بالعقيدة لايغنى فيه عن الإيجاب والقبول الواضحين شئ.

والشافعية لا يجيزون العقد بالتعاطى لا فى البيع ولا فى غيره، ولا يجوز العقد- عندهم إلا بالقبول أو ما يقوم مقامة عند العجز عنه كإشارة الأخرس أو كتابته.

وقد قال الشافعى لا يجوز البيع بالتعاطي، لأن عقد البيع فى عرف الشرع كلام إيجاب وقبول ، فأما التعاطى فلم يعرف فى عرف الشرع بيعا... وهذا مذهب الظاهرية أيضا.

أما الأحناف والمالكية والحنابلة فإنهم يرون أن هذا النوع من العقود يجوز فى كل شئ وإن كان نفيسا متى كان ذلك متعارفا عليه من الناس، ومتى دل على الرضا وعبر تعبيرا صريحا عن إرادة كل من المتعاقدين.

والرضا يحصل بالمعاطاه بأن يأخذ المشترى المبيع، والبائع يأخذ الثمن من غير تكلم ولا إشارة ولو فى غير الإشياء الصغيرة[1].

الأدلة على جواز العقد بالتعاطى :-

إن البيع فى اللغة والشرع إسم للمبادلة، أى مبادلة شئ مرغوب بشئ آخر مرغوب أيضا، وهذه المبادلة فى جوهرها هى التعاطى ، لأن التعاطى عبارة عن أخذ وعطاء.

(١) أنظر : حاشية الدسوقى ج٣/٣.

وإنما جعل الإيجاب والقبول كلاما لأن هذا الكلام يدل عليهما ،

فإذا دل عليهما شئ آخر فإنه لا يشترط الكلام.

والدليل على ذلك قوله عز وجل: "إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم" والتجارة عبارة عن جعل الشئ للغير ببدل، وذلك هو تفسير التعاطي.

وقال سبحانه : "**أولئك الذين إشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت تجارتهم وما كانوا مهتدين**".

فقد أطلق سبحانه وتعالي- إسم التجارة على تبادل ليس فيه كلام، وليس فيه قول البيع.

كما قال الله سبحانه "**إن الله إشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة**" فقد سمى سبحانه وتعالى مبادلة الجنة بالقتال فى سبيل الله تعالى إشتراء وبيعا لقوله تعالى فى آخر الآية "فاستبشروا ببيعكم الذى بايعتم به" وإن لم يوجد لفظ البيع.

وإذا ثبت أن حقيقة المبادلة بالتعاطى هى الأخذ والعطاء، فهذا يوجد فى الأشياء الخسيسة والنفيسة جميعا فكان التعاطى فى كل ذلك بيعا فكان جائزا[1].

أنظر : البدائع للكاساني ج٦. كتاب البيع/ ٥ ٢٩٨-٢٩٨٦.

العقد بالتعاطى فى النكاح[1]:-

إذا كان الفقهاء قد إختلفوا - كما رأينا- فى إنعقاد العقد بالتعاطى فيما يتصل بالعقود المالية، فإن إختلافهم هذا ينتهى بإتفاق فى عقد النكاح،فإنهم يرون أنه لا ينعقد إلا بالألفاظ الدالة عليه صراحة أو ضمنا، حقيقة أو مجازا.

ولهم على ذلك تعليلات نجملها فيما يلى[2]:-

١- الشهادة شرط فى النكاح، سواء أكانت مقارنة للعقد كما قال الأئمة الثلاثة أم كانت قبل الدخول كما قال مالك، وهذه الشهادة لابد أن تؤدى بألفاظ تدل على أنه نكاح لاسفاح.

٢- التشدد فى شروط عقد النكاح بالذات تدل على عناية الشارع به وبيان أهمته وخطره فى البناء الإجتماعي، ولما كانت الألفاظ هى الوسيلة الأولى فى التعبير ، كانت ضرورية فى عقد النكاح بوضوح يدل على منزلته العالية فى التشريع.

---

(١) لأهمية النكاح فقد أولاه الفقهاء عناية خاصة ، ونحن لذلك أيضا نفرد له هذاالحديث.

(٢) أنظر الملكية ونظرية العقد، للشيخ محمد أبوزهرة فقد بسط ذلك بتصرف عن (تهذيب لفروق ج٣/١٨١.

٣- الأصل فى السلع الإباحة، والأصل فى علاقة الرجل بالمرأة التحريم، والقاعدة أن الشرع يحتاط فى الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر مما يحتاط فى الخروج من الإباحة إلى الحرمة، لأن التحريم يكون لمنع المفاسد، فيتعين الإحتياط للخروج منه أى أن الشرع حين يتجه إلى إباحة العلاقة بين المرأة والرجل بعقد الزواج فإنه يحتاط لذلك فلا يبيح التكلم بأى لفظ من الألفاظ، بل لابد مع هذا التلفظ من دلالة على المقصود.

٤- تتكرر عقود البيع والإجارة وما إليها فى حياة الإنسان، ولا غنى للإنسان عن مأكل ومشرب وملبس ومسكن بين فترات زمنية تطول أو تقصير بحسب الحاجة .

أما النكاح فإنه قليل الحصول والتكرار من الشخص الواحد والقاعدة فى الشريعة التخفيف فيما يعم ويكثر ويتكرر، والتشديد فيما لا يعم ولايتكرر.

إجراء العقود بوسائل الإتصال الحديثة[١]:-

الوسائل السابقة عن الإرادة من قول أو إشارة أو كتابة أو معاطاة إنما

---

(١) أنظر تفصيل ذلك فى البحوث المقدمة إلى منظمة المؤتمر الإسلامي. مجمع الفقه الإسلامى (د/علي محيى الدين القرة - الشيخ محمد على التسخيري- الشيخ محمد الحاج).

هى وسائل أساسية للتعبير عن الإرادة أما الوسائل الحديثة فهى وسائل (التوصيل) بمعنى أن القابل قد وصلته رغبة الموجب، وأن الموجب قد تلقى قبول القابل بوضوح ، فقد تم الإرتباط المطلوب بين الإيجاب والقبول، وإن الوسائل الحديثة لتوصيل المعلومات، وربط الناس بعضهم ببعض قد تعددت.

من هذه الوسائل : التليفون ،البرق ، التلكس ، الفاكس وغير ذلك من الوسائل .

فإجراء العقد من خلال التليفون مثلا إجراء صحيح مادام قد تم فيه الإيجاب والقبول، وتحققت فيه الشروط المطلوبة.

فإذا لم تكن تتم الرؤية بين العاقدين فى التليفون، فإن ذلك لا يؤثر فى صحة العقد.

لأن المطلوب فى باب العقود سماع الإيجاب والقبول ، أو التفاؤهما أو إدراكهما بأية وسيلة كانت.

والعقد بالتليفون كالعقد بين شخصين بعيدين لا يرى أحدهما الآخر ولكنه يسمعه.

وفى ذلك يقول الإمام النووى (لو تناديا وهما متباعدان وتبايعا صحّ البيع بلا خلاف)[1].

---

(١) المجموع ج٩/١٨١. ط. دارالطباعة المنيرية.

هذا بالإضافة إلى أن الأساس فى العقود هو صدور مايدل على الرضا بصورة واضحة مفهومة، وذلك متحقق فى التليفون ، حيث أن التعبير يتم من خلال اللفظ الذى هو محل الإتفاق بين الفقهاء ودور التليفون هو توصيل الصوت فقط.

صحيح أن عدم رؤية أحد العاقدين للآخر يجعل إحتمال التزوير وتقليد الصوت واردا، ومن هنا فإنه إذا ثار نزاع حول ذلك فالقضاء هو الفيصل ، وهو يعد بمثابة الطعن فى الخط أو فى صحة التوقيع، وتسمع دعوى من يدعى ذلك، وعليه يقع عبء الإثبات.

إعتبار المجلس عند التعاقد بالتليفون :-

يظل مجلس العقد منعقدا طال كان الكلام - فى التليفون- متصلا بين الطرفين المتعاقدين، والراجح أن مجلس العقد يعد منتهيا بإنتهاء المحادثة، ومن هنا فإذاوجه الموجب إيجابه وأنتهت المكالمة دون أن يبدى الطرف الآخر رأيه فى هذا الإيجاب ، فلا مجال بعد ذلك للقبول.

ولكن إذا أراد القابل بعد ذلك أن يبدى قبولا فأعاد الإتصال بالموجب، وعبر عن رضاه، فإن هذا الرضا إنشاء لإيجاب جديد وهو يحتاج إلى قبول الطرف الآخر.

وذلك لأن الذين قالوا بخيار المجلس وسعوا من دائرة معنى التفرق فى المجلس، حيث إعتبروا مجرد القيام من المجلس ، أو الإشتغال بالأكل ونحوه دليلا على الإعراض عن الإيجاب .

ولقد جاء فى المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى مادة رقم ١٤٠ ونصها (يعتبر التعاقد بالتليفون أو بأيه طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان).

ومن منطلق هذا التصور لخيار المجلس فى التليفون، فإنه يبقى للعاقدين أن يقطعا خيار المجلس وآثاره من خلال إشتراط أن لايكون لهما خيار المجلس، ويقولان بعد العقد : تخايرنا، أو أمضينا العقد أو نحو ذلك.

وهذا يناسب ما رواه البخارى ومسلم وغيرهما أن الرسول قال : "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ..إلا بيع الخيار[1]".

والحديث يدل على أن مجرد التفرق - حسب العرف - يقطع خيارالمجلس كما يمكن إجراء العقد من خلال الراديو أو التلفزيون، ولا سيما فى العروض الموجهة إلى الجمهور.

وهذه العروض إذا كانت واضحة من حيث المواصفات المطلوبة للسلعة بحيث تنفى الجهالة عنها، فإنها تعد إيجابا مقبولا قائما حتى يتقدم أخر

(١) البخارى مع الفتح . كتاب البيوع ج٤/٣٢٨، مسلم. ج٣ كتاب البيوع.

فيقبله ...وحينئذ يتم العقد.

لأن الإيجاب والقبول قد التقيا من خلال الراديو أو التلفزيون، وفهم كل من العاقدين مقصود الآخر.

فإذا كان الإيجاب خاصا- أى لم يكن موجها إلى الجمهور- فلابد أن يتصل به القبول فوراً عند الشافعية، ومقيدا بدوام المجلس عند الحنفية والحنابلة.

وأما الإيجاب العام الموجه إلى الجمهور فإنه لا ينتهي، بل يستمر إلى أن يتصل به القبول، أو يحدث عارض يقطعه. وبناء على ذلك فإنه لو قال شخص فى الراديو أو فى التليفزيون: بعت هذا لكل من يريد، أو بعته لفلان،فقبله آخر وبعث إليه القبول فقد تم العقد، وإذا حصل تزاحم فالإعتبار بأولوية الوصول إلى علم الموجب، وإذا كان بإذن الموجب فقد صح بالإتفاق[1].

والتعاقد باللاسلكى كالتعاقد بالتليفون فى كل ما سبق ذكره وأما حكم التعاقد من خلال جهاز الفاكس والتلكس وغيرهما فهو كحكم التعاقد بالكتابة.

---

[1] بحث د/ على محيى الدين القرة فى المؤتمر المشار إليها سابق.

مع فارق أن البرقية أو التلكس لاينقلان صورة ، وإنما يكتب العقد مرة أخرى لينتقل المكتوب إلى الجهاز الثاني، فهو أشبه ما يكون بخطاب شخص يطلب من آخر أن يكتبه ليرسله إلى طرف ثان غير أن هناك صعوبات فنية فى التعاقد بهذه الوسائل تتمثل فى كيفية تصور مجلس العقد ووقت تمامه وما يترتب على المجلس من خيارات.

ويرجع السبب فى هذه الصعوبة إلى وجود المسافة الزمنية والمكانية بين الإيجاب والقبول، وكيفية وصول القبول إلى علم من وجه إليه.

ومما هو معلوم أن المراسلة بالتلكس تختلف عن البرق (التلغراف) من جهة عدم الحاجة إلى وساطة مصلحة البريد.

ولهذا يمكن أن يتواجد كل من طرفى العقد عند جهاز التلكس وأن تتم المراسلة بينهما خلال مدة قصيرة.

أما إذا تمت المراسلة بالتلكس بوجود أشخاص آخرين دون أن يوجد كل من طرفى العقد عند هذا الجهاز، فلاشك أنه يلحق بالبرق، وأن التعاقدبهذه الطريقة تأخذ التعاقد بين الجانبين[1].

---

(١) بحث د/ ابراهيم كافى بالمؤتمر المشار اليه.

وعلى أيه حال فإن هذه الوسائل الحديثة إذا حققت التلاقى بين الإيجاب والقبول، وأنتجت الرضا بين الموجب والقابل ، وحققت الشروط التى يجب أن تتوفر فيهما....... فإنها وسائل مشروعة كسائر الوسائل المعروفة.

حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة [1]

الوسائل الحديثة والتعبير عن الإرادة :

الوسائل الحديثة (كالتليفون - والبرق - والتلكس - والفاكس) وغيرها ليست وسائل جديدة للتعبير ، وإنما هى وسائل جديدة للتوصيل ..

والفرق بين العبارتين أن وسائل التعبير عن الإرادة كانت ولاتزال هى الكلام أو الإشارة أو المعاطاه أو الكتابة إلى آخر ذلك من الوسائل التى تظهر إرادة كل من العاقدين فى إنشاء العقد وإتمامه .

أما وسائل التوصيل - ومنها الوسائل الحديثة - فإنها تعنى كيفية توصيل هذه الإرادة بين العاقدين ، كما تعنى مدى انطباق الآلات الحديثة على جزئيات الإرادة..

فالتليفون - مثلا - مدخل فى وسيلة اللفظ والقول ، ولكن هناك فرقا بينه وبين الكلام المباشر المتبادل مع العاقدين من حيث الشروط التى يجب أن تتوافر فى العقد ومن حيث وجود شبهة فى تقليد الأصوات لعدم تحقق اللقاء المباشر .

---

(١) انظر منظمة المؤتمر الإسلامى (مجمع الفقة الإسلامى) المنعقد سنه ١٩٨٩ .

وإن من البحوث المبكرة فى حكم التعاقد بالتليفون أو بواسطة الراديو ما كتبه فضيلة الشيخ أحمد إبراهيم فى بحثه المنشور بمجله القانون والاقتصاد .

كما جاء فى المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى مادة (١٤٠) مايلى : (يعتبر التعاقد بالتليفون أو بأى طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان ، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان) .

وهذه المادة تشير الى صعوبة تنشأ عن إجراء العقد بالتليفون ، وهى صعوبة تتعلق بمكان انعقاد العقد ، إذ أن (وحدة المكان) لاتتحقق بين اثنين يتخاطبان عن طريق التليفون .

وللخروج من هذه الصعوبة فإننا سنعتبر أن العقد يتم بين غائبين أو أن كلا منهما فى مكان .

والعقد - حينئذ - يتم فى مكان الموجب ، إذ أن فى هذا المكان يحصل العلم بالقبول ما لم يتفق على خلاف ذلك .

أما فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد فإن التعاقد بالتليفون لايفترق عن التعاقد بين الحاضرين ، إلا أنه لايوجد فارق زمنى بين إيجاب الموجب وقبول القابل .

وقد قال فضيلة الشيخ إبراهيم فى بحثه المنشور المشار إليه : (وأما العقد بالتليفون فالذى يظهر أنه كالعقد مشافهة مهما طالت الشقة بينهما ، ويعتبر العاقدان كأنهما فى مجلس واحد ، إذ المعنى المفهوم من

إتحاد المجلس أن يسمع أحدهما كلام الآخر وتجيبه وهذا حاصل فى الكلام بالتليفون) ..

ولكنه يعود فيتحفظ إذ يضع محذورا فى هذه الوسيلة من التعاقد حيث يقول : (غاية الأمر أنه يحتمل الكذب وتصنع صوت الغير ، ولكن هذا قد يحصل فى الرسالة والكتابة أيضا) .

نشأة آلات الاتصال الحديثة :

منذ ظهرت رغبة الإنسان فى الاتصال بغيره وهو يحاول أن يطور وسائل الاتصال بقدر مايستطيع ، وهذا التطور كان يستهدف اختصار الوقت أولا ووضوح التعبير عن الإرادة ثانيا ..

فقد استعمل البريد فى العهد الإسلامى الأول ، وكانت وسائله المعروفه هى الدواب ، حيث كان الرسول - صلى الله عليه وسلم - يبعث رسائله إلى الملوك وقادة الأمم للدعوة إلى الإسلام بهذه الوسيلة ..

كما عرف (البريد الزاجل) عن طريق الحمام المدرب ..

ثم عرف (ديوان البريد) فى عهد الدولة الأموية ، وامتد إلى الدولة العباسية ، وأسهم ذلك الديون إسهاما كبيرا فى زمن الحروب .

ثم كانت (الثورة الصناعية) ، فظهرت الات الاتصال بشتى أنواعها ومنها التليفون والتلكس واللاسلكى .... حتى تطورت هذه الوسائل

باكتشاف الاتصالات عن طريق الأقمار الصناعية .

ثم كانت الثورة الكبرى فى عالم الاتصالات الفضائية بإنشاء شبكة (الإنترنت) المتصلة بأجهزه الكمبيوتر ، وقد ظهرت هذه الشبكة سنة ١٩٦٩ ، حيث استخدمتها وزارة الدفاع الأمريكية من أجل صناعة نظام يمكنه التصدى لأى هجوم سوفيتى محتمل على الولايات المتحدة [١] .

أما خاصية (التلكس) فإنه جهاز طابع مستقبل مرسل يستطيع الإنسان من خلاله أن يتصل بأى مشترك فية فى أنحاء العالم عبر محطة الأقمار الصناعية ، وذلك من خلال شريط خاص ، حيث ينقل الجهاز المرسل كل ماكتب إلى الجهاز الآخر المرسل إليه .

أما فكرة (الفاكس) فيمكن بواسطته نقل الرسالة بكل عناصرها إلى المركز الآخر ، وهو مرتبط بجهاز التليفون ، غير أنه يتميز عنه بأنه وسيلة فعالة فى نقل صورة من الرسالة المراد إرسالها إلى المركز الآخر ..

كما يمتاز (الفاكس) عن التلكس فى أنه ينقل تفاصيل الرسالة التى لايمكن نقلها بواسطة التلكس [٢] .

---

(١) انظر التلكس وكمبيوتر الاتصالات الدولية والآلية ، إدوار جورج سنه ١٩٨٧ .

(٢) انظر : الفاكسميل - الأداء وإصلاح الأعطال ، فاروق سيد حسين ، دار الراتب الجامعية ، بيروت .

إجراء العقد بهذه الوسائل :

التليفون

إذا تخاطب اثنان عبر التليفون لإنشاء عقد من العقود ، وقد وصل صوت كل منهما إلى الآخر ، فقد قام هذا الجهاز بنقل الرغبتين بينهما وتم بينهما إيجاب وقبول ، ومن ثم فقد انعقد العقد .

ولكننا أشرنا فى صفحة سابقة إلى بعض أوجة النقص فى هذه الوسيلة لإجراء العقد :

فإن عدم رؤية أحد العاقدين للآخر أثناء التعاقد يؤدى إلى احتمال التزوير وتقليد الأصوات .

ومن هنا فإذا حدث نزاع بين المتعاقدين بسبب ذلك فإن القضاء هو الذى يفصل فيه ، وتسمع دعوى المدعى ، ويتحمل مسئولية إثبات التزوير وتقليد الغير .

أما عدم رؤية أحدهما الآخر فليس له تأثير فى صحة العقد أوعدمه ، لأن المناط فى باب العقود هو السماع لا الرؤية ، والمقصود بالسماع سماع الموجب للقابل ، وسماع القابل للموجب .

فالتعاقد بالتليفون تعاقد بين شخصين بعيدين لايرى أحدهما الآخر ولكنه يسمعه [1] .

---

(١) يقول الإمام النووى : (لو تناديا وهما متباعدان وتبايعا صح البيع بلاخلاف) .
(انظر المجموع شرح المهذب للنووى جـ ١٩ / ١٨١) .

ومن المفهوم أن الرضا بين المتعاقدين يمكن أن يتحقق من خلال التليفون ، إذ أن هذا الجهاز يقوم بتوصيل الصوت بينهما ، فهو ليس تعبيرا جديدا عن الرضا ، ولكنه - كما ذكرنا - وسيلة لتوصيل هذا التعبير الذى تحدث عنه الفقهاء قديما .

ولقد تعارف التجار وأصحاب الأعمال حديثا على إجراء عقودهم وصفقاتهم عن طريق التليفون تيسيرا للوقت ، وتجنبا لمشقة السفر واللقاء من أجل تحقيق (وحدة المجلس) .

ولقد أطلق الحنفية فى ذلك قاعدة هى " العادة محكّمة " وقال ابن نجيم [١] :

(واعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه فى الفقه فى مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا) .

كما أن آراء الفقهاء تكاد تتفق على عدم اشتراط وجود العقد فى مكان واحد ، وعلى جواز التعاقد بين طرفين متباعدين ، حيث تقوم الأجهزة مقام أحد طرفى العقد أو كليهما إذا كانت الظروف مواتية لذلك .

إعتبار المجلس وخياراته فى التعاقد بالتليفون :

معلوم فى العقد أن رجوع أحد العاقدين عن إيجابه أو قبوله

(١) انظر فى الكلام عن الرضا : مواهب الجليل شرح مختصر خليل جـ٦ / ١٢ .

(٢) انظر الاشباه والنظائر ص ٩٢ .

جائز مادام مجلس العقد ممتدا ، وهذا ينسحب أيضا على التعاقد بالتليفون ، مادام أحد الطرفين قد أسمع الآخر بصوت واضح أنه رجع عن رغبته .

لكن إذا انتهت (المكالمة) التليفونية ، وقد عبر كل منهما عن إرادته فقد التقت الإرداتان ، وانتهى المجلس عند من يقولون بانتهائه بمجرد القيام أو الاشتغال بعمل آخر خارج عن طبيعة العقد كالانصراف إلى الطعام أو تغيير موضوع الحديث بالتليفون .

وبناء على ذلك فإن خيار القبول بالتليفون - ينتهى بانتهاء التخاطب التليفونى .

وليس لمن وجه إليه الإيجاب الحق فى القبول بعد هذا الانتهاء ..

وإذا أراد أن يبدى قبولا لاحقا فإنه يكون إيجابا جديدا يحتاج إى قبول جديد من الطرف الآخر .

التعاقد بالراديو والتليفزيون

مايتم من إعلانات فى الإذاعة والتليفزيون عن سلع أو عقارات أو غير ذلك بعد (إيجابا عاما) إلى الناس جميعا مستمعين ومشاهدين أما إذا كان الإيجاب خاصا أى غير موجه إلى الجمهور فلابد أن يتصل الإيجاب بالقبول اتصالا فوريا عند الشافعية ، ومقيدا بدوام المجلس عند الحنفية والحنابلة ، وبعدم الإعراض عنه عند المالكية .

أما الإيجاب العام الموجه إلى الجمهور عن طريق الراديو أو التليفزيون فإنه يظل ساريا مستمرا إلى أن يتصل به قبول خاص ، حين ذلك يعد هذا القبول بداية لمجلس العقد حتى ينتهى الطرفان من الاتفاق على أجزاء العقد وشروطه :

ونجد فى هذا المجال نصوصا لبعض فقهاء الشافعية تقرر أن الإيجاب إذا وجه الى الغائب ، فإنه يظل مستمرا حتى يعلم به فيقبله أو يرفضه فلو أن أحدهما قال : بعت من فلان وهو غائب ، فلما بلغه الخبر قال : قبلت آنعقد البيع ، لأن النطق أقوى من الكتابة (١) .

وقد اشترط الحنفية أن يكون ذلك بإذن الموجب (٢) .

فإذا تصورنا أن جمهور المستمعين للراديو أو المشاهدين للتليفزيون قد صادفوا اعلانا موجها الى الجمهور عن بيع سلعة معينة ، فهو بمثابة إيجاب موجه للجميع .

فإذا أرسل أحدهم معبرا عن رغبته فى الشراء فقد التقى الإيجاب بالقبول وانعقد العقد ، وإذا تزاحم الراغبون فى الشراء لشئ واحد فالاعتبار بأولوية وصول رغبتهم إلى علم الموجب .

فمن وصل قبوله أولا فهو صاحب الحق فى العقد ، وإذا كان ذلك بإذن الموجب فقد صح الاتفاق .

---

(١) المجموع شرح المهذب جـ٩ / ١٦٧ .
(٢) الفتاوى الهندية جـ٣ / ٩ .

وبناء على مايراه المالكية من إلزام الموجب بإيجابيه ، وعدم إعطائه حق الرجوع عن هذا الإيجاب ..

فقد قالوا من عرض سلعة وعرفها وقال : من أتانى بعشرة فهى له ، فأتاه رجل بذلك وبلّغه القبول بحيث كان يسمعه فالعقد لازم وليس للبائع منه ..

فإذا لم يسمعه ولم تبلغه فلا شئ عليه (١) ..

وبناء على ذلك فأن بإمكان الانسان أن يعرض إيجابه فى الراديو والتليفزيون ثم يتلقى القبول بالوسيلة نفسها فينعقد العقد ، ويصبح لازما ولايصح الرجوع فيه .

التعاقد باللاسلكى

جهاز اللاسلكى مثل جهاز التليفون فى نقل الكلام الواضح، ومن هنا فإنه يمكن عقد العقود بوسيلة اللاسلكى .

ولكن اللاسلكى يزيد على التليفون فى نقل الشفرات المفهومة وغير المفهومة ..

كما ينتقل الشفرات على شريط مكتوب ، وحينئذ يكون مثل البرقية .

---

(١) حاشية البنانى على شرح الزرقانى على مختصر خليل جـ ٥ .

فإذا كان الإيجاب والقبول يتطلبان وضوحا وبيانا عن طريق التفاهم اللغوى أوالكتابى ... فإن الاتصال اللاسلكى إذا كان يحقق ذلك ويربط بين طرفى العقد ربطا واضحا بحيث لايخفى على أحدهما شئ من كلام الآخر أو رغبته جاز التعاقد بهذه الوسيلة ... وإلا لم يجز ..

على أننا يجب أن نضع فى اعتبارنا مايأتى :

(١) يصح العقد بالوسائل السابقة فيما لا يشترط فيه القبض الفورى [١] أما ما يشترط فيه القبض الفورى فإنه لايجوز بها ، إلا كان لأحد العاقدين وكيل يقوم بالقبض .

وقد دلت على وجوب التقابض الفورى أدلة من السنة والإجماع فلقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة والبر بالبر .... إلى آخر هذه الأصناف إلا سواء بسواء ، عينا بعين .... ثم قال : " فإذا اختلف هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد " ... [٢] ويقصد من قوله " يدا بيد " التقابض الفورى ..

(٢) ينتهى مجلس العقد بالتليفون ونحوه من الوسائل الحديثة بانتهاء المكالمة ولكن المجلس يظل ممتدا إذا كان العقد يتم من خلال المزايدة ، فلا يؤثر الفصل بين الإيجاب والقبول فى هذه الصورة .

---

(١) سنعالج موضوع القبض فى صفحات تالية .

(٢) البخارى كتاب البيوع جـ٤ / ٣٧٧ ، مسلم : المساقاة جـ٢ / ١٢٠٨ .

" وللبائع إلزام المشترى فى المزايدة - إذا كان قد قدم عطاءه - ولو طال الانفصال بينهما ، حيث لم يجر بعدمه " (١) .

ومن هنا فإن الشخص الذى اشترك فى المزاد عن طريق التليفون ، فقدم لمدير المزاد عرضه ، (ورسا عليه العطاء) . فى اصطلاح التجارة - فعلية أن يلتزم بعطائه وزن يتم العقد بينه وبين البائع

(٣) الأصل فى انعقاد التقاء الطرفين لقاءا مباشرا ، فإذا تم العقد بواسطة هذه الأجهزة الحديثة ، فإنه سيظل الشك واردا فى احتمال التزوير وتقليد الأصوات ...

ومن ثم فإذا ادعى أحد العاقدين أن الصوت لم يكن صوته ، فإن القضاء هو الذى يفصل فى ذلك .

وقد جاء فى قرار مجمع الفقه الإسلامى فى إحدى دوراته بالكويت أن مايتعلق باحتمال التزييف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه الى القواعد العامة للإثبات .

ولعنا نستنبط هذه القواعد من قول الرسول صلى الله عليه وسلم :
" البينة على المدعى واليمن على من أنكر " (٢) .

---

(١) بلغة السالك جـ٢ / ٢٤٥ .
(٢) أخرجه البخارى . كتاب الرهن جـ٣ / ٢٨٥ .

اتفق الفقهاء على الكتابة وسيلة للتعبير عن الإرادة ، وكان هذا الاتفاق يتردد بين التوسعة والتضييق .

فلقد ذهب المالكية والحنابلة وبعض الشافعية إلى اعتبار الخطاب كالكتاب سواء بسواء فى التعبير عن الإرادة ونقلها بين الطرفين ، ولم يستثنوا من ذلك إلا عقد النكاح لخصوصيته وإشتراط الشهود فيه (١) .

بينما اتجه الاباضية والإمامية وبعض الشافعية إلى أن الكتابة لاتصح وسيلة للتعبير عن الإرادة إلا عند العجز عن الكلام (٢) .

وبناء على ذلك فإن هناك وسائل حديثة تنقل المكتوب نقلا مباشرا مثل الوسائل البرقية والتلكس والفاكس ، وهى تنقل الصفحات المكتوبة بسرعة ، بل أن الفاكس ينقل صورة حرفية لهذه الصفحات .

ومن ثم فإن حكم إجراء العقود بهذه الوسائل يأخذ الحكم بإجرائها بواسطة الكتابة سواء بسواء ..

وإذا كان احتمال التزوير فيها واردا ، فكذلك يرد ذلك على الكتابة ، ويفضل فى ذلك القضاء باستخدام أدلة الاثبات المعروفة .

---

(١) بلغة السالك ٢ / ٢٧ ، المغنى ٧ / ٢٢٩ ، كشاف القناع ٢ / ١٤٨ .

(٢) شرائع الإسلام للحلى ٢ / ٨ ، البحر الزخار ٤ / ٢٦ .

وبعد مجلس العقد فى هذه الوسائل هو وصول الخطاب أو المكتوب إلى كل طرف من طرفى العقد .

يقول الكاسانى (الفقيه الحنفى) : " .... إذا بلغه الكتاب فقال فى مجلسه : " اشتريت " ، فكأنه حضر بنفسه ، وخاطب بالإيجاب وقبل الآخر فى المجلس) [١] .

ويظهر من ذلك أن التعاقد بالبرق والتلكس والفاكس يكون بمثابة مجلس العقد وصل إيجاب الطرف الأول وقرأه الطرف الآخر فقد انعقد المجلس . وإذا أبدى قبولاً على إيجاب صاحبه فقد انعقد العقد .

وقد اعتبر الفقهاء أن وصول المكتوب بمثابة حضور الموجب الكاتب بنفسه [٢] .

---

(١) بدائع الصنائع جـ٦ / ٢٩٩٤ .

(٢) انظر : الفتاوى الهندية ٢ / ٩ ، حاشية ابن عابدين ٤ / ١٥ .

الفصل الثاني

العاقد ومحل العقد

تحدثنا فى الفصل السابق عن الإيجاب والقبول وعن ألصيغة وشروط كل منها، وبينا أن الإيجاب والقبول هما الركنان الأساسيان فى العقد عند المذاهب المختلفة، والركنان الوحيدان فى العقد عند أبى حنيفة وأصحابه كما أن الصيغة هى التى تعبر عن التقاء إرادتين وتراضيهما وتوجه كل من طرفى العقد لإنشائه وإبرامه.

ويبقى هنا أن نتحدث عن العاقد ، وعن موضوع العقد، وهما أيضا من مكونات العقد.

المبحث الأول

العاقد

العاقد هو الذى يتولى صيغة العقد سواء أكان أصيلا أم وليا أو وكيلا.

والعاقد الأصيل هو الذى يتولى إجراء صيغة العقد بنفسه ولمصلحته.

والولى هو الذى يتولى إجراء هذه الصيغة عن غيره بولاية شرعية أعطاها له الشرع كولاية الأب على إبنه وولاية الجد على حفيده. والوكيل يفعل ذلك أيضا، ولكنه يستمد ولايته من الموكل الذى فوضه وأنابه فى مباشرة صيغة العقد نيابة عنه.

ما يطلب فى العاقد :-

(١) أن يكون عاقلا، حيث لا ينعقد بيع المجنون والصبى الذى لا يعقل لأن الأهلية لا تثبت بدون العقل، فلا يثبت الإنعقاد بدونه ولا يشترط الحنفية بلوغ العاقد، فلو باع الصبى العاقل مال نفسه فإنه ينعقد موقوفا على إجازة وليه وعلى إجازة نفسه بعد البلوغ. أما عند الشافعى فإن البلوغ شرط ، فلا تنعقد تصرفات الصبى عنده أصلا.

(٢) تعدد العاقد : فلا يصلح الواحد عاقدا من الجانبين فى باب البيع إلا الأب الذى يبيع ماله لإبنه الصغير بمثل قيمته، أو يشترى مال الصغير لنفسه.

وجواز بيع الأب مال نفسه لإبنه الصغير إستحسان يعتمد على قوله تعالى :"**ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى** أحسن". فيملك الأب مال ولده وذلك لكمال شفقته ، فكان البيع

والشـراء بذلـك قربانـا على وجـه الأحسن . والقياس يقتضى عدم جواز ذلـك - وهـو قـول زفر - وذلك لأن الحقوق فى باب البيع ترجع إلى العاقد.

وللبيع حقوق متضادة مثل التسليم والتسلم والمطالبة ، وهذا يؤدى إلى أن يكون الشخص الواحد مسلّما أو متسلما، أو طالبا ومطالَبا فى آن واحد وهذا محال.

ولهذا لم يجز أن يكون الواحد وكيلا من الجانبين فى باب البيع وإن كان يصلح رسولا من الجانبين، لأن الرسول لا تلزمه الحقوق فلا يؤدى إلى الإستحالة[1].

وما دمنا قد عرضنا هذين الشرطين، فقد أشرنا إلى موضوع يتعلق بصلاحية العاقد لمباشرة العقد وهو .

الأهلية :-

يختلف الناس فى قدراتهم على مباشرة العقود وإجراء صيغتها بإختلاف ملكاتهم العقلية أو النفسية، وبإختلاف خبراتهم فى مجالات الحياه ومنها مجالات العقود.

---

(١) البدائع ج٦/ ٢٩٨٧ كتاب البيوع.

فمن الناس من يعّد كلامه لغوا فلا يعتّد به فى العقود، ومنهم من يعتد بكلامه فى بعض العقود دون بعضها الآخر، أى أن الشخص قد يكون ناقص الأهلية أو فاقدها بالنسبة لنوع من التصرفات، ولكنه يكون كامل الأهلية بالنسبة لنوع آخر منها.

ومنهم من يصلح لمباشرة العقود كلها دون قيود، ومنهم من يكون كذلك، ولكنه لا يجد من خبرته فى موضوع ما، أو من طبيعة عمله ما يسمح له بمباشرة العقد بنفسه فيوكل شخصا آخر للقيام عنه بذلك.

وإختلاف أحوال الناس بهذه الصورة يرجع إلى عنصرين رئيسين هما الأهلية والولاية.

ولأننا تكلمنا عنهما - بما إقتضاه المقام - عند الحديث عن نظرية الحق، فإننا نكتفى هنا بالكلام عن بعض ما يتعلق بهما من مسائل تعد تتمه وتكمله للموضوع.

الذمة[1] :-

لما كانت الأهلية وصفا للإنسان توجب له حقوقا وتلقى عليه واجبات ، أو تثبت له حقوقا فقط دون أن تلزمه بواجبات، فقد فرض الفقهاء أمرا تتعلق به تلك الأهلية وتتصل بها الواجبات وتكون محلاً لثبوت الإلتزامات ، وسموا هذا الأمر (الذمة).

وقد عرّفوا الذمة بأنها وصف يصير به الإنسان أهلا لما له وما عليه.

أى أن الفقهاء يقدرون وجود هذا الوصف فى الإنسان ليكون صالحا للإلزام والإلتزام.

ومن ثم فإننا نستطيع أن نعد الذمة من الصفات الإنسانية التى جعلته مناط التكليف ومخاطبة الشارع له.

وبها يتميز عن كثير مما خلق الله، وذلك يفسر لنا بوجه من الوجوه قوله تعالى: "إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان" [2].

وبهذا العهد بين الله وعباده ثبتت الذمة للإنسان ، وصار بها أهلا

---

(١) أنظر : الملكية ونظرية العقد لفضيلة الشيخ محمد أبو زهرة /٣٠٤-٣٠٧ ، الفقه الإسلامي، د/محمد سلام مدكور، ٤٣٩-٤٤٤.

(٢) سورة الأحزاب / ٧٢.

للوجوب ، وأصبحت الذمة والأهلية من خصوصياته ، فلا تثبتان لسواه ، وهو يتمتع بها حيا ويفقدها ميتا .

وعلى هذا الإعتبار فقد فرض الفقهاء إتصاف الإنسان بالذمة لتكون هذه الصفة هي محل الحقوق المشروعة التي تجب على الشخص أو تجب له .

ولم يجعلوا العقل محلا لهذه الحقوق ، لأن أهلية الوجوب تثبت للمجنون وللصبي في المهد ، بل وللحمل المستكن متى ثبت وجوده بيقين ونزل حيا

الذمة الشخصية الإعتبارية :

رأينا أن الأهلية بنوعيها تثبت لبني الإنسان دون غيرهم من المخلوقات، وأن الشخص الذي يعنيه الشرع بالخطاب والتكليف هو الإنسان أي أنه لا وجود لشخصية إعتبارية في نظر الشارع، ومن ثم فليس لهذه الشخصية "ذمة" تكون بها أهلا لكسب الحقوق وتحمل الواجبات .

ولكننا مع ذلك نجد في الفقه الإسلامي أحكاما كثيرة تتعلق بجهات لاتتحقق فيها الأهلية التي تتحقق في الإنسان

فقد أثبتوا مثلا للميت حقوقا في تركته هي حقوق تكفينه وتجهيزه ودفنه ، وأبقوا ذمة المتوفى مشغولة بالدين إذا كان له مال .

وهناك جهات أخرى يفرض لها القانون شخصية معنوية كالشركات والمؤسسات وبيت المال ، ومن ثم فإنه يجب لها حقوق وتثبت عليها واجبات.

فإنشاء الطرق والقناطر وبناء المدارس واجبات يتكفل بها بيت المال ، فهى حقوق عليه تشبه أهلية الأداء

وبيت المال أيضا وارث من لاوارث له ، وتئول إليه أموال كثيرة قبل تصريفها فى مصالح المسلمين ، وهى حقوق له تشبه أهلية الوجوب .

ولكن إثبات الأهلية لهذه الجهات محل نظر بين الفقهاء ، لأنهم يرون أن الإنسان هو المعنىّ بها حتى ولو تعلقت بهذه الجهات .

فالوقف مثلا لاذمة له ، ولكن المسئول عن هذا الوقف هو القائم عليه، وبيت المال كذلك لاذمة له ، ولكن الإنسان هو المسئول عن تصريفه إلزاما والتزاما .

ولكننا من جهة ثانية نجد أن هناك حقوقا تثبت لبعض الجهات، وتصرفات يعقدها ناظر الوقف ، وليس لشخصيته أثر فيها ، بحيث لو عزل هذا الناظر أتمها من يخلفه فى القيام عليها، فإذا أجر العين الموقوفة قبل عزله أو وفاته ، فإن الإجارة لاتفسخ ، مع أن هلاك أحد العاقدين فى عقد الإجارة فاسخ لها .

وقد علل الفقهاء ذلك بقولهم : **إن المؤجر هو الوقف لا الناظر** ، وأن ناظر الوقف كالوصى على اليتيم فهو يتولى الإجارة بالنيابة عن الوقف .

وبناء على ذلك فإن الفقهاء إذا كانوا قد نفوا الذمة وأهلية الوجوب عن غير الإنسان ، فإنهم لم ينفوا إلا الذمة والأهلية اللتين ينفيهما القرآن عن المشركين بقوله : **كيف يكون للمشركين عهد عند الله وعند رسوله**" .

وبقوله : "**كيف وإن يظهروا عليكم لايرقبوا فيكم إلاً ولاذمة**"[1] .

ولكن الفقهاء لايعنون الذمة والأهلية الإعتباريتين ، فقد فرضوا لبعض الجهات شخصية معنوية ، كما فرض القانون الذى عن عن الذمة بالشخصية القانونية ، ورأى زن هذه الشخصية نفسها هى أهلية الوجوب .

ومانراه بعد هذا العرض لمسألة لذمة أن الشخصية الإعتبارية فى الإسلام إن كان لها أهلية وجوب فهى أهلية إعتبارية أيضا ، وأن مايتعلق بها من ذمة إنما يرجع إلى تعلق الجانب الإنسانى بها، فلانستطيع أن نقول أن للجهات المختلفة كبيت المال والمؤسسات حقوقا إلا على سبيل التعبير المجازى ، وإلا بقدر تعلق ذمة الإنسان نفسه بهذه الجهات .

---

(١) سورة التوبة / ٨ .

فحقوق بيت المال مثلا متعلقة بحقوق المسلمين التى يتكفل بها، والحقوق التى عليه كذلك ليست عليه، وإنما على من يدبره، والمؤسسات والمنشآت ولها كذلك إن كانت شخصيات إعتبارية ولها ذمة إعتبارية فإن حولها أشخاصا حقيقيين، ولهم ذمة وأهليةوجوب حقيقية .

أهلية المرأة [1] :

قررت الشريعة الإسلامية أهلية الرجل وأهلية المرأة على السواء، وأعطت لكل منهما الحق فى التعامل والتصرف ، كما جعلت لكل منهما ذمة تتعلق بها أهليته وتنشأ عنها حقوقه وواجباته .

إلا أن أهلية الأداء بالنسبة للمرأة - أى أهليتها للمعاملة ومباشرة التصرفات الشرعية تختلف عن أهلية الرجال بعض الأختلاف فيما يتصل بالأمور الآتية :

أولا - أهليتها فى إنشاء عقد الزواج :

رغم اتفاق الفقهاء على حرية المرأة فى إختيار زوجها ، وعلى حقها فى رفض الزوج إذا فرض عليها فرضا ، والقضاء ينصفها فى ذلك فيرفع عنها الظلم ، ويدفع عنها الإيذاء .

إلا أنهم إختلفوا فى إنعقاد عقد النكاح بعبارة النساء :

(١) انظر ذلك تفصيلا فى (الملكية ونظرية العقد لفضيلة الشيخ محمد أبو زهرة ص ٣٣٩ - ٣٤٧ .

فالجمهور على أن هذا العقد لاينعقد بعبارة المرأة ، وإن كان لابد من رضاها مادامت بالغة رشيدة ، ولكن وليها هو الذى يمضى العقد وينفذه ، وحجتهم فى ذلك مايأتى :

أ - أن الله سبحانه وتعالى قد أعطى أولياء النساء حق تزويجهن ، وأضاف هذا الحق إلى الرجال فى مثل قوله تعالى: "ولاتُنكحوا المشركين حتى يؤمنوا" بضم التاء فى "تنكحوا" ، أى أن الآية تخاطب الرجال فتنهاهم عن تزويج النساء المسلمات للرجال المشركين ، ولم تخاطب النساء مباشرة فتوجه إليهن هذا النهى ، وأذن فإن الرجال هم الذين يتولون عقد نكاح النساء لأن لهم الولاية عليهن .

وإذا أضيف النكاح إلى المرأة فى مثل قوله تعالى : "فإن طلقها فلاتحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره" ، فذلك على إعتبار أن آثار الزواج ترجع إليها وإلى زوجها فى هذه الحال ولاترجع أحكامه إلى أوليائها .

ب - أن السنة النبوية قد أبطلت النكاح بغير ولى فى قوله صلى الله عليه وسلم : "أيما إمرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل" ، وأن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها ، فإن اشتجروا - أى

إختلفوا – فالسلطان ولى من لاولى له" . وفى قوله : "لانكاح إلا بولى وشاهدى عدل" .

وهذان الحديثان وغيرهما يلتقيان عند معنى واحد ، هو أن النكاح لاينعقد بعبارة النساء ، بل الرجال هم الذين يتولون صيغة العقد .

ولايعد ذلك طعنا فى أهلية المرأة أو إنتقاصا من حقها ، ولكنه حفاظ على كرامتها ، وتوثيق لعقدة الزواج التى تربطها برجل أجنبى عنها رباطا أبديا ، ومن هنا كان لابد أن يحتاط لها الشارع الحكيم فيشرك معها أولياءها فى الرأى والمشاورة ، لأن أثر هذا الزواج ينالهم عارا أو فخار ، بعكس زواج الرجال الذى لايعود على نساء الأسرة بشئ من هذه الآثار .

ولقد جاء فى الأثر : المرأة لاتزوج نفسها ، فإن البغى هى التى تزوج نفسها .

أما أبو حنيفة وبعض أصحابه فقد خالفوا الجمهور وقالوا بجواز إنعقاد النكاح بعبارة المرأة الرشيدة ، لأن ذلك حقها الخالص الذى يقرر لها الحرية فى إختيار زوجها الكفء مادامت لم تؤذ أهلها ، ولم تجلب لهم العار من هذا الزواج ، ولكنهم مع ذلك يرون أن المستحسن أن يتولى عنها أولياؤها صيغة العقد ، فإذا تولت هى ذلك فقد إستعملت حقها وإن كانت قد فعلت غير المستحسن .

وحجتهم في ذلك :

أ- أن القرآن الكريم قد أضاف النكاح إلى النساء في مثل قوله تعالى: "وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلاتعضلوهن أن ينكحن أزواجهن"، فالآية تنهى الرجال عن إستعمال ماليس من حقهم وهو منع النساء من النكاح ، وتنفى سلطان الولاية عليهن ، وتقرر للنساء حق إنشاء النكاح وإختيار الزوج ، وهذا يدل على أن مايصدر منها تصرف يقره الشارع ، وإلا ماسماه نكاحا .

ب - وردت الآثار تقرر حق المرأة في الزواج ، وتنفى سلطان الأولياء عليها مادامت قد إختارت الكفء الذى لايعيرون به ، وذلك مثل قول الرسول صلى الله عليه وسلم : "الأيم أحق بنفسها من وليها" ، والأيم هى التى لازوج لها" ، وقوله صلى الله عليه وسلم : "ليس للوالى مع الثيب أمر"، ومادامت الفتاة قد بلغت عاقلة رشيدة فلامبرر لفرض الولاية عليها ، لأن الولاية لاتثبت على مثلها إلا للضرورة ، وقد قال الرسول : "البكر تستأمر في نفسها ، وإذنها صماتها" أى أنها إذا سئلت فسكتت فقد رضيت وأذنت .

ثم أن الفقهاء إذا كانوا قد قرروا لها ولاية كاملة على مالها ، فإن هذه الولاية تثبت أيضا بالنسبة لزواجها ولافرق بين الأمرين .

ثانيا أهلية المرأة فى الأمور المالية :

يرى جمهور الفقهاء أن البالغة الرشيدة لها الحرية التامة فى التصرف فى مالها ، ولاسلطان لأحد عليها حتى لو كان وليا أو زوجا مادام تصرفها عن إرادة رشيدة وعقل سليم .

ويرى مالك خلاف ذلك إذ هو يتجه إلى أن البكر محجور عليها فى التصرفات المالية حتى تتزوج ، بخلاف الفتى الذى يملك التصرف فى ماله ببلوغ الرشد ، فإذا تزوجت البالغة الرشيدة فلها أن تعقد كل عقود المبادلات ولكن ليس لها أن تتبرع من مالها بغير إذن زوجها بأكثر من الثلث ، إعتمادا على حديث رواه أحمد عن النبى صلى الله عليه وسلم "لايجوز لأمرأة عطية حتى يأذن زوجها" ، وفى لفظ : "لايجوز للمرأة أمر فى مالها إذا ملك زوجها عصمتها" .

وقد حمل بعض الفقهاء هذين الحديثين على حسن العشرة وإستطابة النفس ، أو يحمل على غير الرشيدة ، وقد ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال للنساء : "تصدقن" ، فجعلت المرأة تلقى القرط والخاتم ، وبلال

يتلقاه بردائه ، وهذه عطية بغير إذن الزوج ، وهذا أيضا مذهب جمهور الفقهاء مستدلين بمفهومات الكتاب والسنة [1] .

وإذا تأملنا روح التشريع الإسلامى وجدناه يحافظ على حقوق الأفراد في أموالهم والتصرف فيها فى الوجوه المشروعة لافرق فى ذلك بين ذكر وأنثى لمايراه مالك .

ثالثا - أهلية المرأة فى العبادة :

إن الله سبحانه قد خاطب المكلفين جميعا خطابا واحدا لافرق بين رجل وإمرأة ، وفرض فرائضه وحد حدوده على الرجال والنساء على السواء ، وقال تعالى فى هذا المجال : " فَاسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لاَ أُضِيعُ عَمَلَ عَامِلٍ مِّنكُم مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَى بَعْضُكُم مِّن بَعْضٍ " [1] .

غير أن طبيعة المرأة قد اقتضت أن تختلف أهلية الأداء بالنسبة لها فى بعض العبادات عن أهلية الأداء بالنسبة للرجل :

فهى ليست مكلفة بالقتال بالقدر الذى كلف به الرجل ، كما تسقط أهليتها بالنسبة لبعض العبادات فى أوقات معينة تعتريهافيها حالات الحيض والنفاس ، فلاتكلف بالصلاة ولا بالصيام ، ولاتقضى بعد هذه الحالة

---

(١) انظر سبل السلام جـ٣ / ٨٨٢ .

(١) سورة آل عمران / ١٩٥ .

وإن كانت تقضى الصيام ، لأن الصلاة تتكرر فى اليوم الواحد فيشق عليها قضاؤها ، ولكن الصيام لا يأتى إلا مرة واحدة كل عام .

عقد الفضولى :

بيّنا فى بداية هذا الفصل أن العاقد هو الذى يتولى صيغة العقد سواء أكان أصليا أم وليا أم وكيلا ...

فإذا لم يكن واحد من هؤلاء فهو فضولى ..

فالفضولى - بناء على ذلك - هو الذى يتصرف تصرفا شرعيا فى شأن من شئون غيره دون أن تكون له ولاية عليه ، ودون أن تكون له سلطة فى إصدار هذا التصرف .

فقد يتوقع صديق مصلحة لصديقه فى شراء سلعة معينة أو عقد صفقة، ويخشى إن هو إنتظر أن تفوت المصلحة على صديقه ، فيشترى السلعة أو يعقد الصفقة لحساب صديقه دون إذن أو وكالة منه .

وقد يوافق الصديق على تصرف صديقه ، وقد يرفضه ..

فماحكم العقد الذى عقده هذا الفضولى ؟

هناك إتجاهان فى حكم هذا العقد :

(١) إتجاه يرى بطلان هذا العقد ويتبناه الشافعية ، وهو رواية عن أحمد ومالك .

ووجهة نظر هذا الإتجاه أن الفضولى ليس صاحب شأن ولا نائبا عن صاحب الشأن .

والولاية شرط لانعقاد العقد ..

ولقد منع الشافعى بيع الفضولى وشراءه إعتمادا على النهى الوارد عن بيع الرجل ما ليس عنده .

وليس الفضولى مالكا ولا صاحب ولاية ، فلاتصح تصرفاته فى ملك غيره .

وصحة التصرفات الشرعية تكون بالملك لا بالولاية ، ومادام لم يوجد أحدهما فى حق الفضولى فلاتصح [(١)] .

وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام [(٢)] "لاتبع ما ليس عندك" وهذا يدل بمقتضى مافيه من نهى عن أن بيع الإنسان ما لايملك لاينعقد ، إذ النهى يقتضى الفساد ، والفاسد لم ينعقد على مذهب الشافعى [(٣)] .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى - ط ، الإمام جـ ٦ / ٣٠٢٠ ..

(٢) هو ابن أخى خديجة زوج ارسول ، وقد عاش سنين فى الجاهلية وسنين فى الإسلام ، ومات بالمدينة سنة ٥٤ هـ .

(٣) الملكية ونظرية العقد ، لفضيلة الشيخ محمد أبو زهرة / ٣٩٦ .

ولكننا إذا تأملنا هذا النهى فى الحديث وجدناه خاصا ببيع المعدوم، لأن حكيم بن حزام – الذى وجه إليه النهى – كان يبيع لحساب نفسه ما ليس عنده ، ولايفعل ذلك لغيره ، فلم يكن فضوليا ، فخرج ذلك إذن من محل النزاع .

(٢) ويرى الأحناف – وفى رواية أخرى عن أحمد ومالك – أن عقد الفضولى صحيح ، لأنه قد استوفى أركانه وشروطه .

وليس من هذه الشروط أن يكون التصرف عند إنشاء العقد مملوكا للعاقد .

ولكن إذا إنعقد العقد فإنه ينعقد موقوفا على إجازة المالك .

وحجتهم فيما ذهبوا إليه مايأتى :

أ – قول الله تعالى : " وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا " .

فهذه الآية تفيد أن الله سبحانه شرع البيع والتجارة وإبتغاء الفضل وهى تشمل حل البيع سواء أكان نافذا أم موقوفا ، وسواء أوجد الرضا من المتعاقدين فى الإبتداء ، أم وجد عند صدور الإجازة ممن يملكها فى الإنتهاء.

ب – وقوله تعالى : " وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى " .

فهذه الآية تفيد أن عمل الفضولى ومن فى حكمه ممن ينعقد تصرفهم

موقوفا يعتبر من قبيل التعاون على البر فيكون مشروعا .

جـ- روى أن النبى صلى الله عليه وسلم دفع دينارا إلى عروة البارقى [1] ، وأمره أن يشترى له أضحية ، فاشترى شاتين ، ثم باع إحداهما بدينار ، وجاء بدينار وشاة إلى النبى صلى الله عليه وسلم فدعا له بالبركة .

ومعلوم أن عروة لم يكن مأمورا بهذا التصرف فى شراء الشاتين أو بيع أحداهما ، فلو لم ينعقد تصرفه لما باع ، ولما دعا له رسول الله بالخير .

ولأن تصرف العاقل محمول على الوجه الأحسن ماأمكن ، وقد أمكن حمله على الأحسن هنا ، إذ أن العقود ، وسائر التصرفات قد شرعت لمصلحة الناس .

والفضولى - فى الغالب - يقصد بتصرفه المصلحة لمن يتصرف لأجله .

نتيجة هذا الخلاف :

تظهر نتيجة الخلاف بين القائلين بوقف عقد الفضولى على إجازة ذوى الشأن وبين القائلين ببطلان هذا العقد ، فإن هذا العقد يكون نافذا من تاريخ إنعقاده بواسطة الفضولى ، وتكون الإجازة اللاحقة كالإذن السابق .

(١) تقول بعض الروايات أنه حكيم بن حزام ، والصحيح إنه عروة البارقى .

ويعتبر الفضولى بهذه الإجازة وكيلا من وقت العقد ، وتسرى عليه أحكام الوكيل .

ولأن الإجازة من شأنها أن تقلب التصرف من موقوف إلى نافذ ، وتنقل الفضولى من وصف الفضولى إلى وصف الوكيل فقد قال بعض الفقهاء، إن للإجازة حكم إنشاء العقد ، ولاحاجة لإنشائه بصيغة جديدة ، ولذلك فقد اشترطوا لصحة الإجازة شرطين :

الشرط الأول :

أن يكون للعقد مجيز وقت إنشائه ، لأن أحكام العقد تنفذ له بعد أن كانت موقوفة ، فاحتاجت الإجازة إلى وجوده ، لأنه صاحب الحق فى إجازة العقد .

فإن لم يوجد هذا المجيز وقت إنشاء العقد ، كان العقد باطلا فإذا باع الفضولى عقارا لحساب صبى صغير بغبن فاحش كان العقد باطلا ولاتفيد الإجازة لا من الصغير ولا من وليه ، لأن الصغير محجور عليه ، والولى لايملك إصدار تصرف يضر بمصلحة الصغير .

الشرط الثانى :

عدم إمكان تنفيذ العقد على الفضولى إذا لم يجزه صاحب الشأن ،

فإذا أمكن تنفيذ العقد عليه إذا لم يجزه صاحب الشأن نفذ عليه حتى لايضار الطرف الاخر فى العقد .

فإذا إشترى الفضولى عقارا ولم يضف العقد إلى من أجرى العقد لأجله ، فإن الشراء فى هذه الحالة ينفذ على الفضولى إذا رده من كان العقد لأجله .

والسبب فى ذلك هو أن الأصل أن الإنسان يعقد لنفسه إلا إذا قام الدليل على خلاف ذلك ، ولأن الفضولى من شأنه أن يلتزم بالعقد أمام العاقد الآخر الذى لايعرف سواه ، ومن هنا فأن العقد ينفذ فى حق الفضولى .

وإذا كان أحد الشرطين السابقين يتعلق بصاحب المصلحة الأصلى فى إنشاء العقد ، ويتعلق الثانى بالفضولى الذى أنشأ العقد ... فإن هناك شرطا ثالثا يتعلق بمحل العقد ، وهو أن يكون قائما .

فلو عقد الفضولى لآخر عقد بيع سيارة ، وقبل أن تصدر الإجازة من المشترى الأصلى هلكت السيارة لم تصلح الإجازة لفوات محل العقد .

أما الشافعى الذى يقول ببطلان عقد الفضولى ، فإنه يرى أن الإجازة

لاتلحق العقد ، لأن عبارة الفضولى قد ولدت ميتة والإجازة لاتحييها [1].

ويظهر من ذلك أن هناك فرقا بين الإجازة والإذن ، فالإجازة هى الرضا بالتصرف بعد وقوعه ، أما الإذن فهو الأمر بالتصرف قبل حصوله ، وقد يكون صاحب الشأن الأصلى هو مالك الإجازة إذا كان أهلا لذلك ، وقد يملكها عنه وليه أو وصيه ، أو القاضى إذا تعنت الولى أو الوصى .

فسخ عقد الفضولى :

لايصير عقد الفضولى لازما قبل الإجازة ، ولذلك فإن للفضولى نفسه أن يفسخه إذا كانت ستترتب على إجازته إلتزامات يلتزم هو بها بعد أن صار وكيلا لا فضوليا .

إذ من حقه أن يتدارك الأمر ويمنع عن نفسه هذا الإلتزام قبل حدوثه بالإجازة كما فى عقد البيع والإجازة .

أما إذا لم يترتب على العقد المبرم من قبل الفضولى ، بأن كان مجرد وسيط أو سفير معبر - كما فى عقد النكاح - فليس له أن يفسخ العقد قبل الإجازة ، وذلك معبر فقط أى ناقل للعبارة ، وبالإجازة تنتقل العبارة إلى

(1) انظر : الملكية ونظرية العقد ، للشيخ محمد أبو زهرة / ٣٩٩ ، الفقه الإسلامى ، د/محمد سلام مدكور / ٤٩٦ .

المالك فتصير خاصة به لا بالفضولى ، ولا يلحقه بالإجازة ضرر تعلق الحقوق به .

وكذلك يجوز للعاقد الآخر فسخ العقد ، لأن العقد بالنسبة له كأنه لم يتم ، حيث صدر الإلتزام من أحد الطرفين ، ولم يصدر بعد من الطرف الآخر، فيجوز الإستمرار فى العقد بالإجازة ، كما يجوز إنهاؤه بالرفض .

ملخص لأحكام عقد الفضولى [1] :

(١) ينعقد العقد صحيحا نافذا عليه إن وجد سبيلا إلى النفاذ عليه .

(٢) ينعقد موقوفا – عند الأحناف – إذا لم يكن هناك سبيل لإنفاذه على الفضولى ، وكان للعقد مجيز وقت إنشائه ، فإذا أجازه إنقلب نافذا .

(٣) ينعقد موقوفا ثم ينقلب باطلا إذا لم تتحقق الإجازة ولم يكن ممكنا أن ينفذ على الفضولى .

(٤) ينعقد باطلا إذا لم يكن له نفاذ على الفضولى نفسه ، ولم يكن له مجيز وقت إنشائه .

(١) د/ محمد سلام مدكور ، الفقه الإسلامى / ٤٩٩ .

المبحث الثانى

محل العقد

يعبر الفقهاء كثيرا عن محل العقد فيسمونه (موضوع العقد) ، ويقصد به مايقع عليه التعاقد والإتفاق .

وهو الغاية الحقيقية من توقيع العقد حيث تتعلق به أحكامه وآثاره ، وهذا المحل يختلف بإختلاف العقود ، فقد يكون مالا ، وقد يكون منفعة وقد يكون عملا .

فمثال العقد على المال عقد البيع الذى يكون الموضوع أو المحل فيه هو السلعة المبيعة ، وعقد الرهن الذى يكون محل العقد فيه هو الشئ المرهون .

ومثال العقد على منفعة المال عقد الإجارة ، حيث يكون محل العقد هو منفعة الشئ المستأجر كركوب السيارة ، وسكنى المنزل .

ومثال العقد على العمل العقد على إتمام عمل بدفع نظيره أجر كعمل الصانع أو الخادم أو غيرهما .

وفى عقد الزواج يكون موضوع العقد أو محله هو الزوجة نفسها مع أنها طرف فى العقد [1] .

---

(١) وإنما كانت الزوجة محلا للعقد لأن أثره يظهر بشكل أوضح ، حيث تنتقل من بيت أسرتها إلى منزل الزوجة ، وهى من جهة أخرى طرف فى العقد ، لأنها تباشر بنفسها أو بوليها الذى هو نائب عنها .

وإذن فإن محل العقد لايخرج عن أن يكون مالا ، أو عملا ، أو منفعة .

مايخرج المحل عن قابليته للعقد :

قد يستوفى العقد أركانه وشروطه ، ولكن قد تعرض لموضوع العقد بعض العوارض الشرعية فتخرجه عن صلاحيته ليكون محلا للعقد ، فالخمر مثلا مال متقوم عند غير المسلمين ، وهو من هذه الناحية يصلح أن يكون محلا للعقد ، ولكن لأنه مال محرم فى الإسلام فإنه قد خرج عن ماهيته هذه لنهى الشارع عن التعامل فيه بقوله تعالى : "إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ " وقد ثبت فى الصحيحين قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : "أن الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام فقيل : يارسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويستصبح بها ؟ فقال : لعن الله اليهود حرمت الشحوم عليهم فباعوها وأكلوا أثمانها" ، وقال فى الخمر "إن الذى حرم شربها حرم بيعها [1] .

والمرأة تصلح أن تكون محلا لعقد الزواج من حيث كونها إمرأة ، ولكنها إذا كانت ممن يحرم الزواج منهن كالأم والأخت وزوجة الغير ، فإنها لاتصلح لتكون محلا للعقد من الشخص المحرم عليها لنهى الشارع من

(١) بداية المجتهد جـ ٢ / ١٥٨ ، سبل السلام جـ ٣ / ٧٩٠ .

الزواج منها فى آية المحرمات : " حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ .... الآية ".

والمال من حيث كونه مالا مجردا يصح فيه التبايع ولكنه لايصلح محلا للتعاقد على الربا ، لأن محل العقد هنا قد ورد عليه تحريم الشارع بهذا الوصف "وأحل الله البيع وحرم الربا" .

فهذه الصور وغيرها قد أخرجت بعض الأشياء عن صلاحياتها لتكون محلا للعقد ، وإعتمادا على أدلة ثابتة لها قوة الحكم والتقرير .

شروط فى موضوع العقد :

اشترط فقهاء المسلمين شروطا معينة يجب توافرها فى موضوع العقد ليكتسب صلاحية العقد عليه ، وهذه الشروط نذكرها بإجمال فيمايأتى :

١- وجود الموضوع حين العقد .

٢- قابليته لحكم العقد .

٣- تعينه ومعرفته بالتحديد .

٤- القدرة على تسليمه .

ثم نذكر هذه الشروط بالتفصيل فيمايلى :

وجود الموضوع حين العقد :

أى أن الشئ المعلوم لايصلح أن يكون محلا للعقد ، لأن لكل عقد أثرا يتصل به ، فأثر العقد فى البيع هو إنتقال الشئ المبيع إلى ملكية المشترى وأثر العقد فى الزواج هو إنتقال المعقود عليها إلى منزل الزوجية ، وإن كان هذا الشرط محل إختلاف بن الفقهاء :

أو على ماله خطر العدم ، فلايجوز لرجل أن يقول مثلا : بعت ولد هذه الناقة ، لأن ذلك يعد بيعا لمعدوم لم يوجد بعد ، كما لايجوز أيضا أن يبيع الجمل الذى فى بطن هذه الناقة ، لأنه يعد بيعا لشئ له خطر العدم ، فقد لايستقر الحمل فى بطن أمه حتى يولد .

ويذهب الإمام مالك إلى جواز العقد على معدوم مع كون محل العقد محتمل الوجود فى المستقبل ، وذلك فيما يختص بعقود التبرعات ، فلايشترط وجود العين الموقوفة وقت عقد الوقف ، ولا الشئ الموهوب وقت عقد الهبة ، فيصح الواهب أن يهب مافى بطن الدابة من حمل وما فى ضرعها من لبن ومافى جوفها من نبات بعد وضع بذوره .

ولكن اشترط وجود المعقود عليه فى عقود المعاوضات ، ولم يجز العقد عليه حتى ولو كان سيوجد فيما بعد ، لأن ذلك يؤدى إلى الغرر [1] والقمار

(١) الغرر هو ما لايقدر المتعاقد على تسليمه سواء أكان موجودا أم معدوما .

فى عقود المعاوضات ، بينما لايؤدى إلى ذلك فى عقود التبرعات ، لأن المتبرع ليس ملزما فى هذه العقود ، وله أن يتبرع بالموجود والمعدوم .

وأما الشافعى فإن القبض عنده شرط فى كل مبيع ، وهو يعتمد فى ذلك على قول الرسول "لايحل بيع وسلف ولاربح مالم يضمن ... ولابيع ما ليس عندك" وهذا من باب بيع السلعة غير المضمونة ، ومذهب الشافعى مبنى على أن القبض شرط فى دخول المبيع فى ضمان المشترط .

أما ابن تيميه – وهو من الحنابلة – فإنه لايفرق بين عقود التبرعات وعقود المعاوضات كما فرق مالك ، ولايمنع العقد على المعدوم كما فعل الحنفية ، وإنما هو يرى أن المعدوم يصلح أن يكون محلا للعقود كلها ، حيث لم يرد نص فى القرآن أو السنة يفيد عدم جواز بيع المعدوم ، وإذا ورد نص فيه نهى عن البيع فإن هذا النهى لاينصب على كون الشئ المبيع موجودا أو معدوما ، وإنما لما يترتب على هذا البيع من غرر أو قمار ، فإن موجب البيع تسليم المبيع ، وبائع المعدوم عاجز عن تسليمه ، والمشترى إنما يشتريه مخاطرة ومقامرة وإذن فإن النهى عن البيع فى هذه الحالة داخل فى باب الغرر المؤدى إلى القمار ، وهذا الإتجاه أيضا يتجه إليه ابن القيم [1] .

---

(١) انظر أعلام الموقعين جـ ٢ / ٢٨.

بيع الزروع والثمار :

يدعونا هذا الشرط – وهو وجود الموضوع حين العقد – إلى الكلام عن الزروع والثمار التى ظهرت بواكرها ولم تظهر كلها كالباذنجان والبطيخ والشمام ، فإن بعض هذه الأشياء يظهر فى أثر بعض ، فهل تعد موجودة فيجوز العقد عليها ، أم تعد معدومة فلايجوز ؟

أن من منعوا بيع هذه الأشياء اعتبروها فى حكم المعدومة كبيع الثمر قبل ظهورها ومن جوزوا هذا البيع اعتمدوا على أن جواز ذلك يحقق المصلحة للناس ونفى عنهم المشقة وذلك من أهداف الشريعة ومقاصدها .. ويتضح هذا الأمر تفصيلا فيمايلى :

يرى بعض الحنفية أنه لايجوز بيع الزرع إلا إذا صار بحال ينتفع به بوجه من الوجوه بأن كان ناضجا مثلا ، فإن كان بحيث لاينتفع به أصلا لاينعقد ، وقد احتجوا لذلك بماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها حيث قال : "أرأيت أن منع الله الثمرة ... بم يستحل أحدكم مال صاحبه" ، كما روى عنه عليه السلام أنه نهى عن بيع اللبن فى الضرع ، ومن هنا فإنه لايجوز بيع الزيت فى الزيتون أو السمسم والعصير فى العنب والسمن فى اللبن ، ونهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد.

وأجاز هذا البيع محمد بن الحسن ومالك وأحمد وفى رواية عن الشافعى محتجين بماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم : "من باع نخلا مؤبرة [1] فثمرته للبائع إلا أن يشترطها المبتاع" ،ووجه الإستدلال بهذا الحديث أن النخلة بعد تأبيرها قد صارت محلا للبيع ، لأن ثمرها قد أصبح قريب الإنتفاع به فى المستقبل ، وإن لم يكن منتفعا به فى الحال .

وقد حملوا الحديث الوارد بالنهى عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها على الندب ، وإحتجوا لذلك بماروى عن زيد بن ثابت قال : كان الناس فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها فلما كثرت خصومتهم عند النبى قال : كالمشورة يشير بها عليهم - لاتبايعوا الثمر حتى يبدوا صلاحها" أى حتى تظهر الثمر ، بدليل قوله "أرأيت أن منع الله الثمرة فيم يأخذ أحدكم مال أخيه" ؟ ووجه هذا الدليل أن الآفات إنما تطرأ غالبا على الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، أما بعد أن يبدو صلاحها فلاتظهر إلا قليلا ولقد كان زيد بن ثابت لايبيع ثمار أرضه حتى يتبين الأصفر من الأحمر .

---

(١) تأبير النخل يعنى تلقيحه ليثمر .

وقد ذهب مالك إلى جواز جعل الظاهر دليلا على البعض الذى لم يظهر ، ومن ثم فإن العقد يمكن أن ينتظم الجزءين معا ، فإن الثمر لايظهر دفعة واحدة ، بل على التعاقب ، فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس فى الحرج [1] .

وتعترض الحنفية على دعوى الضرورة والحرج بأن البائع يمكنه أن يبيع الأصل بما فيه من الثمر ، ومايحدث بعد ذلك يكون ملكا للمشترى .

وهذا الإعتراض - فيمانرى - ليس قويا ، إذ توقع ظهور الثمر الذى لم يظهر بعد سيجعل البائع يضع ذلك فى حسابه فلايطلب ثمنا للأصل وثمره الظاهر فقط ، بل سيكون فى تقديره أن يكون ذلك الثمن مجزيا لهما هو متوقع من ثمار تظهر بعد ذلك ... ومن ثم يصير بعض الثمن المقبوض فى مقابل شئ معدوم وهذا مالا يجيزونه فى الأصل .

وعلى الرأى الأخير لمالك لو وجدت حديقة بها شجرات بدت بعض ثمارها ولم يبد البعض الآخر ، فإن العبرة بما ظهر ، وذلك للتيسير على الناس فى معاملاتهم ، بالإضافة إلى أن خبرة الناس فى تقدير ما لم يظهر من الثمر تعتمد على ما ظهر منه ، وتلك الخبرة ترفع الغرر وتنفى العلة التى من أجلها شرع منع البيع عند من قال به .

---

(١) البدائع للكاسانى جـ ٦ ، كتاب البيوع - ط الإمام / ٢٩٩٧ ، سبل السلام ، جـ ٣ / ٨٦٠ أعلام الموقعين جـ ٢ / ٢٨ .

قابلية الموضوع لحكم العقد :

ومعنى ذلك أن يكون موضوع العقد صالحا لإستيفاء العقد منه بأن يكون مالا متقوما كما ذكرنا قبل ذلك - عند المسلمين ، ولو كان أحد المتعاقدين مسلما والآخر غير مسلم ، لأنه إذا كان البائع هو المسلم كانت ملكيته للمال غير المتقوم فى نظر الإسلام ملكية غير محترمة ، ولو كان المشترى هو المسلم فإنه لايجوز له أن يدخل فى ملكيته مالا غير متقوم أو [illegible] فى الإسلام .

ومن ذلك أيضا أن يكون المال فى حوزة مالك له وليس مباحا ، لأن المباح ليس أحد أولى بملكيته من آخر ، وعلى ذلك لاينعقد بيع المسجد لأنه لايقع فى ملك بائع ، بل هو داخل فى المنافع العامة التى لاتقبل التمليك .

كما لايصح بيع الكلأ فى أرض مملوكة ، والماء الذى فى نهره أو فى بئره ، لأن الكلأ وإن كان فى أرض مملوكة فهو مباح ، وكذلك الماء ، وقد قال النبى : "الناس شركاء فى ثلاثة الماء والكلأ والنار" والشركة العامة تؤدى إلى الإباحة .

كما لاينعقد فى الإجازة إذا كانت المنفعة عليها مالا يبيحها الشارع كنواح النائحة المحترفة بأجر فى المأتم ، ورقص الراقصة فى الأفراح أو تأجير

رجل ليقتل رجلا آخر وكذا كل أجارة وقعت لظلمة [1].

ولقد نصت المادة (٨١ مدنى) على أن كل شئ غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية ، ويكون المحل غير قابل للتعامل فيه أما لطبيعته كالشمس والهواء والبحر فهذه أشياء لايمكن لأحد أن يستأثر بها ، وأما بحكم القانون حماية للمصلحة العامة كالمال العام مثل الطرق والأنهار والسكك الحديدية وغير ذلك .

وقد يخرج الشئ من التعامل بحكم القانون لعدم مشروعية التعامل فيه كالمواد المخدرة والتركة المستقبلة والربا الفاحش [2].

وعدم مشروعية التعامل هو مايجعل المال فى نظر الشريعة الإسلامية مالا غير متقوم .

٣- تعين الموضوع ومعرفته بالتحديد :

فلايتعلق العقد بشئ مجهول جهالة تؤدى إلى الغرر والنزاع بين المتعاقدين ، على أنه يكفى أحيانا لمعرفة موضوع العقد أن نتعرف على جزء من المبيع ، فنعرف الكل ، كأن تأخذ قطعة قماش من ثوب لنتعرف على الثوب كله ، أو "عينة" من سلعة تدل على السلعة كلها .

---

(١) انظر البدائع للكاسانى جـ ٥ / كتاب الإجارة / ٢٥٩١ .

(٢) نظرية الإلتزام د/ سمير تناغو / ٧٤ .

أما إن كان الموضوع مجهولا جهالة تقضى إلى النزاع ، فإن ذلك يمنع من صحة العقد ، وبيان ذلك أن يقول القائل "أجرتك إحدى هاتين الدارين" أو بعتك شاة من هذا القطيع دون تحديد دار من الدارين أو شاة بعينها من القطيع ، لأن الجهالة هنا مفضية إلى المنازعة والتسليم فلايحصل مقصود البيع .

والجهالة التى تؤدى إلى النزاع تسمى "جهالة فاحشة" ، وقد اعتبر الأحناف العرف حكما لتحديد الجهالة الفاحشة أو اليسيرة ، على أن هذه الجهالة قد تكون فى جنس محل العقد كأن يقول تاجر لآخر : "بعتك ما فى داخل هذا الصندوق المغلق" دون تحديد لمحتوياته ، أو تكون الجهالة فى قيمته كأن يبيع تاجر ثلاثة أمتار من القماش لأحد زبائنه دون تحديد لنوع هذا القماش مع أن منه الغالى ومنه الرخيص .

ومن جملة بيع الغرر بيع السمك فى الماء ، فعن ابن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : "لاتشتروا السمك فى الماء فإنه غرر" ، ومن جملته أيضا بيع الطير فى الهواء .

وتنتفى الجهالة عن محل العقد برؤيته أو رؤية جزء منه عند العقد أو قبل ذلك أو بوصفه وصفا دقيقا يظهره للمشترى كأن يكون قطنا مثلا فيذكر نوعه ورتبته ودرجة نظافته وهكذا

رأى بعض الفقهاء فى العقود مع الجهالة :

قال أبو حنيفة والشافعى أن كل العقود لاتصح مع الجهالة الفاحشة ،

أما مالك فقد قسم العقود من حيث الجهالة إلى أنواع ثلاثة :

أ - المعاوضات الصرفة كالبيع والشراء والإجارة وغيرها ، والجهالة الفاحشة فى هذا النوع تبطل العقد ، لأنه إذا لم يكن المعقود عليه معلوما كان أحد العاقدين قد بذل مالا دون أن يعرف مقابلا لهذا المال ، وليس ذلك من العدل ، بل هو من قبيل المقامرة .

ب - عقود الإحسان الصرف كالصدقة والهبة ، فإنها تجوز بالمعلوم والمجهول ، ولاتؤثر فيها جهالة المعقود عليه ، فيجوز التصدق بما يكسبه الإنسان من مال فى المستقبل ، وهبه ماينتجه البستان من ثمر قبل ظهوره ، ذلك لأنه لم يقع ضرر على العاقد الآخر الذى لم يبذل شيئا وهو الذى ستجرى عليه الصدقة أو يتقبل الشئ الموهوب .

جـ - عقود وسط بين المعاوضات والتبرعات كالمهر فى النكاح ، فهو من جهة يشبه التبرعات ، لأنه ليس مقصودا لذاته ، وإنما المقصود منه المودة والألفة والسكن ، وهو من هذه الجهة تصح تسميته مع الجهالة .

ومن ناحية أخرى فقد اشترط الشرع المهر فى الزواج ، فصار كعقود

المعاوضات ، ومن ثم فلايجوز فيه التسمية مع الجهالة ، بل لابد من تحديده نوعا ومقدارا .

ومن هنا توسط مالك فأجاز أمثال هذه العقود مع الغرر اليسير كتسمية حيوان وبيان جنسه من غير بيان وصفه ، ولم يجزها مع الغرر الذى لاضابط له كالبعير الشارد والعبد الهارب .

ولقد نص القانون فى المادتين ١٣٣ ، ١٣٤ على ضرورة أن يكون محل الإلتزام معينا بذاته وإلا فبنوعه ومقداره، وإلا كان العقد باطلا ، فإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشئ من حيث جودته يرجع يرجع إلى العرف أو إلى أى طرف آخر بعين المحل فى درجته، وإلا فيلتزم المدين بالمتوسط[1].

القدرة على تسليم محل العقد :

وهذا الشرط محل إتفاق بين الفقهاء جميعا ، لأن الشئ إذا لم يكن مقدور التسليم فإنه لايصلح محلا للعقد ، فلايصح مثلا بيع الحيوان الضال ولا إقتراض الشئ المفقود ، لأنهما مما لايقدر الإنسان على تسليمه للطرف الآخر وقت التعاقد .

قد أجاز قوم بيع العبد إذا هرب ، ومنعه قوم ومنهم الشافعى ، وقال إذا كان معلوم الموضوع عند البائع والمشترى جاز ، وحجة الشافعى

(١) الوسيط ، د / السنهورى / ٣٧٥ - ٤١٣ .

فى المنع أن رسول الله نهى عن شراء العبد الآبق ، وعن شراء الأنعـام حتى تضع وعـن شراء مافى ضروعها ، وعن شراء الغنائم حتى تقسم .

ومن هذا أيضا بيع اللبن فى الضرع ، لأن اللبن لايجتمع فى الضرع دفعة واحدة ، بل شيئا فشيئا ، فيختلط المبيع بغيره على وجه يتعذر التمييز بينهما ، فكان المبيع معجوز التسليم عند البيع فلاينعقد [1] ، وأجاز مالك بيع لبن الغنم أياما معدودة إذا كان مايحلب منها معروفا فى العادة ، ولم يجز ذلك فى الشاة الواحدة [2] .

وقد سبق أن ذكرنا أن الإمام مالكا لايشترط القدرة على التسليم فى عقود التبرعات ، لأنه ليس فيها مبادلات مالية ، بعكس عقود المعاوضات التى تتم فيها هذه المبادلات .

هذه هى أهم الشروط التى يجب توافرها فى محل العقد ، وبالإنتهاء من عرضها تكون قد إنتهينا من عرض الشروط التى يجب توافرها فى أركان العقد بوجه عام .

---

(١) البدائع جـ ٦ / كتاب البيوع / ٣٠١٨ .

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ / ٢٠٠ .

القبـــض

يتصل بما عرضناه من شروط فى محل العقد من حيث وجوده والقدرة على تسليمه قبض هذا المحل .

ويقصد بالقبض : حيازة الشئ والتمكن منه ، سواء أكان مما يمكن تناوله باليد أم لم يمكن .

أو هو " التمكن والتخلى وارتفاع الموانع عرفا وعادة حقيقة " [1] .

أى تمكن المشترى – مثلا – من محل العقد ، وتخلى البائع عنه بعد قبض الثمن ، وعدم وجود موانع تحل بالانتفاع من هذا المحل .

كيفية القبض :

لاتكون صورة القبض واحدة فى كل الأشياء ، ولكنها تختلف باختلاف طبيعة هذه الأشياء .

فقبض العقار يختلف عن قبض المنقول كالسيارة والأقمشة والفاكهة وغير ذلك .

قبض العقار – مثلا – يكون بإخلائه ، وتمكن المشترى أو منعه شخص آخر من وضع يده عليه ، فلا تعد التخلية قبضا [2] .

---

(١) بدائع الصنائع ٥ / ١٤٨ .

(٢) رد المحتار ٤ / ٥٦١ ، مغنى المحتاج ٢ / ٧١ .

وقد أشار الحنفية – فى تعريف قبض العقار – إلى أنه إذا كان له قفل فيكفى فى قبضه تسليمها المفتاح مع تخليته ، بحيث يتهيأ له فتحه من غير تكليف ..

أما قبض المنقول فقد يكون بتناوله باليد كالنقود والثياب والجوهر والحلى ..

وقد يكون بغير اليد كما لو كان المبيع مما يكال أو يوزن أو يقاس فيكون قبضة مرتبطا بما جرى به العرف كنقله وتحويله من مكانه ولقدروى عن ابن عمر قوله : (كنا نتلقى الركبان فنشترى منهم الطعام جزافا ، فنهانا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن تبيعه حتى تنقله من مكانه) (١)

وإذا كان مما يكال أو يوزن فإن قبضه يكون باستيفائه بمايقدر فيه من كيل أو وزن أو زرع أو عد .

ولقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله : " من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يكتاله " (٢) .

القبض والإذن :

قد يكون القبض متوقفا على إذن وقد لايتوقف على إذن وذلك يتحقق على الصور الآتية :

---

(١) البخارى " فتح البارى " جـ٤ / ٣٤٧ ، مسلم جـ٣ / ١١٦١ .
(٢) أخرجه جـ٣ / ١١٦٠ .

(١) الاكتفاء بإذن الشرع دون إذن المستحق :

فإن قبض الحاكم - أو ولى الأمر - أرضا كانت مغصوبة أو أموال الزكاة وحقوق بيت المال ، أو أموال الغائبين والمحبوسين الذين لايتمكنون من حفظ أموالهم ...

فإنهم فى كل ذلك لايحتاجون الى إذن أحد إلا إذن الشرع ..

ويتبع هذه الصورة فى الاستغناء عن الإذن إلا إذن الشارع من ظفر بحقه المغصوب فقبضه ، فإنه لايحتاج إلى إذن الغاصب فى حيازته ، كما لم يكن محتاجا إلى الإذن فى قبضه ، فإنه فيهذا القبض يسترد حقا كان له .

(٢) توقف القبض على إذن المستحق :

كمن يقبض المبيع بإذن البائع ، ومن يقبض الهبات والصدقات والودائع وسائر الأمانات .

فلابد فى هذه الأشياء من إذن المستحق .

(٣) عدم التوقف على إذن من الشرع ولا من المستحق

وهذا قد يكون مع العلم بتحريمه كقبض المغصوب ، فان الغاصب يأثم بالغصب ويضمن ماقبضه بغير حق ولا إذن . وقد يكون بغير علم .

فمن قبض مالا وهو يعتقد أنه ماله ثم يظهر أنه لغيره ، فلا يعد هذا القبض إذن من الشرع ، بل هو عفو بإسقاط الإثم عن القابض لعدم علمه .

وعلى هذه الصورة فلا إثم عليه لأنه لم يغتصب ماليس من حقه ، كما أنه لا إباحة فيه لأنه لم يقبض المال بإذن أحد ، ويبقى المال فى ضمانه حين يظهر صاحبه [1] .

القبض الحقيقى والقبض الحكمى :

القبض الحقيقى هو حيازة الشئ وتملكه والقدرة على استخدامه دون وجود موانع من ذلك .

وقد لايتحقق هذا القبض حسًّا لضرورات ومسوغات تقتضى ذلك ، فيقوم القبض الحكمى - حينئذ - مقام القبض الحقيقى ، ويتم ذلك على الصور الآتية :

(١) إذا قام أحد الطرفين بتخلية المنقولات وتمكن الطرف الآخر منها ، ولكن هذا الطرف لم يقبضها قبضا حقيقيا وكان يستطيع ذلك ..

---

(١) شرح تنقيح الفصول / ٤٥٦ (عن موسوعة الفقه الكويتية جـ ٣٢ ، مادة " قبض") .

فإن التخلية والتمكين - حينئذ - قبض حكمى يقوم مقام القبض الحقيقى ويترتب على أحدهما من الآحكام مايترتب على الآخر [(١)]

(٢) إذا اتحدث يد القابض والمقبض ، بمعنى أن تكون اليد واحدة ، ويتصور ذلك فيما لو كان للمدين حق عند الدائن ، فيسمح المدين للدائن بأن يستخلص دينه من الحق عنده ، وهذا يشبه مايسمى " بالمقاصة " وهى تعد قبضا بمجرد إذن المدين للدائن باستخلاص دينه من الحق الذى عنده ، كما تعد قبضا بمجرد النية [(٢)]

(٣) ويشبه الحالة السابقة فيما إذا كانت ذمة الدائن مشغولة للمدين بمثل الدين الذى عليه ، وكلاهما دائن للآخر ومدين له ..

وقد استدل القائلون بذلك بحديث ابن عمر : " كنت أبيع الإبل بالبقيع ، فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير آخذ هذه من هذه ، وأعطى هذه من هذه ، فأتيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فسألته عن ذلك : فقال : " لابأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شئ " [(٣)] .

---

(١) بدائع الصنائع ٢٤٤/٥ .

(٢) تنقيح الفصول وشرحه للقرافى / ٤٥٦ .

(٣) أخرجه أبو داود ٦٥١/٣ .

وفى ذلك دليل على جواز الاستبدال عن الثمن الذى فى الذمة بغير ، كما يدل على أن الموصوف فى الذمة يعد بمثابه الحاضر [1] .

شروط صحة القبض [2] :

(١) أن يكون الشخص أهلا للقبض ، جائز التصرف فى مال نفسه وهو البالغ العاقل غير المحجور عليه .

فإذا لم يكن هذا الشخص أهلا للقبض ، فيجوز القبض ممن له ولاية عليه بطريق الأصالة أو طريق النيابة .

(٢) توفر الإذن بالقبض ، والإذن - عند الفقهاء - نوعان : صريح كأن يقول : أقبض ، وأذنت لك بالقبض ، أويكون الإذن دلالة كأن يقبض الموهوب له الهبة فى حضور الواهب فيسكت ولاينهاه . فهذا السكوت إذن ضمنى .

وقد قال الشافعية والحنابلة إن الرجوع فى الإذن قبل القبض جائز ولكنه غير جائز بعد القبض [3] .

(٣) اشترط الحنفية أن يكون المقبوض منفصلا متميزا عن حق الغير حتى يمكن قبضه .

---

(١) نيل الأوطار ١٥٧/٥ .

(٢) الموسوعة الفقهية بإيجاز .

(٣) المهذب جـ ١ / ٣١٣ ، المغنى جـ ٤ / ٣٣٢ .

فلو وهب مالك أرضه دون البناء أو الشجر الذى عليها ، فلايمكن القبض على هذه الصورة ، لأن القبض تخليه وتمكن فى العين المقبوضة ومن أجل ذلك فلايصح القبض على هذه الحال [1] .

ويتصل بهذا الشرط أن لايكون المقبوض حصة شائعة غير محددة ، وقد ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن قبض الحصة الشائعة يكون بقبض الكل ، فإذا قبضة كان ماعدا حصته أمانة فى يده لشريكه .

مايشترط فيه القبض من العقود :

(١) **الصرف** : وهو مبادلة النقد بالنقد ، ويشترط فيه التفاوض فى البدلين قبل التفرق لقول الرسول : " الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر وبالتمر والملح بالملح مثلا بمثل ، سواء بسواء يدا بيد ..... فإذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد " [2] .

ولايقصر هذا الحديث فورية التبادل على النقد وحده ، ولكنه يسحب ذلك إلى كل مايسمى " بالأموال الربوية "

(٢) السلم : وقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنه يشترط فى صحة عقد السلم قبض المسلم إليه رأس المال قبل الافتراق ، فإذا اتفرق قبل القبض فسد العقد .

---

(١) رد المحتار ٦/٧٩٤ .

(٢) أخرجه مسلم ٣ / ١٢١١ .

(٣) المضاربة ، ويشترط فى صحة عقد المضاربة تسليم رأس المال إلى العامل ، حيث إن حقيقة المضاربة أن يكون رأس المال من أحد الطرفين والعمل من الطرف الاخر .

ولايتحقق العمل إلا بعد خروج رأس المال من يدرب المال إلى العامل [١] .

غير أن الحنابلة قد قالوا بأنه لايشترط لصحة عقد المضاربة قبض العامل لرأس المال ، فتصح وإن كان المال فى يد صاحبه ، لأنه موردا لعقد العمل [٢] .

حكم التصرف فى العين قبل القبض :

قد يشترى الانسان شيئا فيدفع ثمنه ، ويتفق مع البائع على قبضه فى وقت لاحق ... فهل يستطيع أن يتصرف فى هذا الشئ بالبيع أو الهبة قبل قبضه ؟

حول ذلك تدور آراء تتراوح بين الجواز مطلقا والمنع مطلقا والتوسط بين الأمرين .

فالذين يرون منع التصرف منعا مطلقا قبل القبض يستندون إلى أحاديث للرسول صلى الله عليه وسلم منها قوله :

---

(١) رد المختار ٨ / ٢٨٣ ، مغنى المحتاج ٢ / ٣١٠ .

(٢) المغنى ٥ / ٢٥ .

" من ابتاع طعاما فلايبعه حتى يستوفيه" أى حتى يقبضه .

وعنه أيضا : كنا فى زمان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - نبتاع الطعام فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذى ابتعناه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه .

كما فرق آخرون بين المنقول والعقار فقالوا : إذا كان محل العقد عقارا فإن قبضه يكون بالتخلية بينه وبين من انتقل اليه الملك بحيث يتمكن من الانتفاع المطلوب عرفا ، وهذا لاخلاف فيه لانه هو الممكن (١) .

أما إذا كان محل العقد منقولاً فقد قال الحنفية : القبض فى المنقول كالقبض فى العقار يكون بالتخلية ، ولايجوز للمشترى أن يبيع المنقول قبل القبض لأن فى هذا البيع غررا ، لأنه لايدرى هلى يبقى المبيع أم يهلك قبل القبض .

كما يفرق المالكية بين الطعام وغيره فغير الطعام يجوز بيعه قبل قبضة لقول الرسول : " من ابتاع طعاما فلا بيعه حتى يستوفيه "

والطعام عندهم يشمل كل ماتجب فيه الزكاة من الحبوب وغيرها .

وإذا كان الطعام قد بيع جزافا - أى من غير كيل أو وزن ، فإنه يجوز للمشترى أن يبيعه قبل قبضه ، وذلك لأن بيع الجزاف عندهم يدخل فى ضمان المشترى بنفس العقد ولايشترط القبض (٢) .

---

(١) ابن عابدين ٤ / ٢٢٦ .

(٢) بداية المجتهد ١٤٦/١ .

من الصور الحديثة للقبض :

استجدت صور من التعامل فى العصر الحديث تحتاج إلى بيان حقيقة القبض فيها بناء على ماحدده الفقهاء قديما فى حقيقة القبض وصوره .

فقد تعامل الناس مثلا بالشيك ، وهو فى عرف المعاملات الحديثة يعد بمثابة النقود الورقية .

فإن تسلم أحد الطرفين فى العقد شيكا بقيمة السلعة التى باعها فإن ذلك يعد بمثابة دفع بدل الصرف فى المجلس ..

ومعنى ذلك أن قبض ورقة الشيك كقبض قيمة ، فيكون الصرف قد استوفى شريطته الشرعية فى القبض .

ويقال فى الأوارق التجارية ماقيل فى الشك من حيث اعتبار القبض فيها .

وقد ترد على المعاملة بالشيك بعض المحذورات فيها :

(١) ألا يكون لمحرر الشيك رصيد فى المصرف المسحوب عليه ، أو يكون الرصيد أقل من قيمة هذا الشيك .

ومعنى ذلك أن يتأخر القبض حتى تستوفى قيمة الشيك من صاحبه أو يستكمل رصيده فى مصرفه .

---

(١) بداية المجتهد ١٤٦/١ .

٢) قد يحرر المدين شيكا بالمبلغ ، ويعطيه للدائن ثم يلغى هذا الشيك لدى المصرف المسحوب عليه .

(٣) أو قد يتوقف صرف الشيك على إخطار من صاحبه إلى البنك المسحوب عليه ، وبغير ذلك لايتم الصرف .

وفى هاتين الصورتين كذلك لايتم القبض ، ولايتم صورة التعامل وإذا كانت هذه الاحتمالات واردة على الشيك ، فانها يمكن أن ترد على النقود التى يمكن تزييفها بشتى وسائل التزوير ويبقى أن تسليم أطراف التعامل بالحذر والحيطة فى حماية أنفسهم ..

وإذا كان القانون لايحمى حامل النقود المزيفة ، فإنه يعاقب محرر الشيك المزيف ويحمى حامله (١) .

ومن الصور التى تتعلق بالقبض أيضا مايسمى " ببوليصة الشحن " فالبائع يرسل البضاعة الى المشترى ، ويرسل اليه هذه " البوليصة " دليلا على إرسال البضاعة .

فإذا تسلمها المشترى فان ذلك بمثابة قبض السلعة نفسها ..

وهكذا فى كثير من صور التعامل الحديثة ، والأصل فى جوار هذه الصور ماعرف عن طبيعة التشريع الإسلامى من مرونة وتيسير على تعامل الناس .

---

(١) المرصفاوى : جرائم الشيك / ١٠٠ .

الفصل الثالث
الإرادة والعقود

مباحث الفصل :

- الرضا أساس فى العقود
- الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة
- اثر الإرادة المنفردة فى العقد
- العقد من جانب شخص واحد
- عيوب الإرادة

المقصود بالرضا

الرضا – فى اللغة – مصدر محض لكل ماهو ضد السخط والكره من المعانى كالسرور والفرح وطيب النفس ، وهو أسم لمطلق الماهية وليس من معناه المشاركة [1] .

أما الذى تكون فيه المشاركة فهو (التراضى) ، ومنه قوله تعالى : " إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم " [2] .

وهو بهذه الصياغة – دليل على إجتماع رضا بين فأكثر وعلى وقوع المشاركة بينهم .

وأما الرضا فى الأصطلاح فقد عرفه الحنفية [3] بأنه (أمتلاء الاختيار أى بلوغة نهايته ، بحيث يفضى أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة فى الوجه ونحوها) .

كما عرفه الفقهاء بأنّه (قصد إنشاء العقود وترتيب آثارها عليها مع السلامة من الأسباب المؤدية لفواته وأختلاله) [4] .

---

١) لسان العرب لابن منظور (١٤ / ٣٢٣) .

(٢) النساء / ٢٩ .

(٣) حاشية ابن عابدين ١٩/٧ .

(٤) مواهب الجليل ١٣/٦ ، نهاية المحتاج ٣ / ٣٨٧ .

والفرق بين التعريفين أن الحنفية يذهبون فى تعريف الرضا إلى تأثر ظاهر العاقد بباطنه ، فهم لايكتفون بمجرد اختياره فى إنشاء العقد ، ولكن أيضاً بظهور آثر هذا الأختيار على الخارج ، بحيث تظهر البشاشة والسرور على الوجه تعبيراً عن رضاه على هذا العقد .

الرضا أساس في العقود :

الأصل في أي عقد من العقود أن تتوفر فيه الإرادة ، سواء أكانت هذه إرادة قد صدرت عن عاقد واحد وبينتها عبارته (على إعتبار أن العقد بمعناه العام يشمل كل تصرف شرعي) ، أم كانت هذه الإرادة قد عبرت عنها جهتان هما الإيجاب والقبول (على إعتبار أن العقد بمعناه الخاص هو إلتقاء إرادتين وربط بين كلامين) .

وحيث يجب أن تتوفر الإرادة في العقود ، وأن الرضا هو الأساس فيها ، فإنه يمكن القول بأن العقود في الفقه الإسلامي هي ماتسمى في القانون بالعقود الرضائية .

والعقد الرضائي هو الذي يكفي لانعقاده مجرد الإيجاب والقبول دون إشتراط شكل معين لتمامه .

فإن العقد الذي يشترط القانون لإثباته طريقة معينة يعتبر موجودا ، ولكن إثباته لايتم إلا عن طريق عينه القانون .

وهذا النوع الأخير من العقود هو مايسمى بالعقد الشكلي ، وهو الذي لايتم بمجرد الإيجاب والقبول ، بل يجب لانعقاده إتباع شكل مخصوص

كتحرير عقد رسمى أو غير ذلك [١].

والحقيقة أن الإرادة أمر نفسى خفى لايمكن الإطلاع عليه ، وإنما الذى يظهره ويدل عليه هو التعبير عنه سواء أكان هذا التعبير كلاما أم كتابة أم تصرفا كما سبق بيان ذلك [٢].

ولقد قرر الأحناف أن بعض العقود تنعقد بمجرد التعبير عنها والقصد إليها من غير تحقق الإرادة التى فرقوا بينها وبين الإختيار وتكون صحيحة ونافذة .

كما أن الفقهاء قد اتفقوا على أن الرضا فى عقد الزواج لايكفى لصحة انعقاد العقد وترتب أثره عليه ، واشترطوا لانعقاده الإعلام والشهادة لأنه غرض مقصود فى الزواج ، وبذا أمكن إعتباره من العقود الشكلية [٣].

وقد جاء فى فتاوى ابن تيميه : (أمر بالولى والشهود ونحو ذلك فى النكاح مبالغة فى تمييزه عن السفاح ، وصيانة للنساء عن التشبه بالبغايا ، حتى شرع الضرب بالدف والوليمة الموجبة لشهرته) [٤].

---

(١) انظر : (التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى والفقه المدنى ، فريد فتيان معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد .

(٢) عند الكلام عن صيغة العقد .

(٣) الفقه الإسلامى ، د/ محمد سلام مدكور . ط ثانية سنة ٥٥ ، ص ٤٠٦.

(٤) فتاوى ابن تيميه جـ ٣ / ٢٧٠ ، نظرية العقد لابن تيميه / ٢٠٩.

الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة :

جعل الفقهاء للإرادة وجهين : وجها باطنا هو النية الخفية ، وهو الإرادة الحقيقية ، ووجها ظاهرا هو التعبير الدال على هذه الإرادة الحقيقية ، وبتعبير آخر فإن النية الحقيقية هى الإرادة الباطنة ، وإن التعبير عنها هو الإرادة الظاهرة .

ونرى أن إطلاق كلمة "إرادة" على التعبير إنما هو فى الواقع إطلاق مجازى لا حقيقى ، إذ الإرادة الحقيقية هى الإرادة الباطنة أو النية ، أما التعبير عن هذه الإرادة فليس إلا مظهرا من مظاهرها ودليلا على وجودها .

فأنت - مثلا - تريد شراء كتاب ، وتظل هذه (الإرادة) إتجاها نفسيا خفيا لا دليل عليه ، حتى إذا إتجهت إلى المكتبة وطلبت الكتاب من البائع وأعطيته الثمن ، فقد عبرت عن إرادتك بكلامك وتصرفاتك ، وليس التعبير حينئذ إرادة ، ولكنه دليل عليها ومظهر لها

ولما كانت الإرادة الحقيقية أمرا خفيا لايظهر ، فإن العقد لاينعقد بمجرد وجودها إذ مجرد النية الكامنة فى نفس الإنسان لايترتب عليها أثر إلا الأثر التوجيهى الذى يصبغ الفعل بصبغته ويكسبه صفته ، ولكن تتحول هذه النية

إلى أمر إرادى بالتعبير عنها تعبيرا ظاهرا وإخراجها من عالم الغيب إلى عالم الحس .

فمن نوى البيع أو الوقف أو الطلاق ، فإنه لايكون بائعا أو واقفا ، أو مطلقا إلا إذا أعقب هذه النية تعبيرا يدل عليها ويظهرها خارج النفس .

فالإرادة الباطنة - إذن كانت هى أساس العقد إلا أن العبارة هى الدالة عليها وهى التى يبنى عليها الحكم .

ويتجه شراح القانون إلى أن الإرادة كظاهرة نفسية تمر بعدة مراحل هى: مرحلة التصور ، ثم مرحلة التدبر أو التفكير والتمحيص ثم مرحلة الحسم أى التقرير والعدم .... وأخيرا مرحلة التعبير .

فإذا وصلت الإرادة إلى هذه المرحلة الأخيرة ، فإنها تصبح ظاهرة إجتماعية بعد أن كانت ظاهرة نفسية [1] .

ولايعنى القانون بالإرادة مادامت عزما منعقدا فى نفس صاحبها ، وإنما يعنى بها متى برزت إلى العالم الخارجى وعلم بها غير صاحبها ، وهذا إنما يتحقق بالتعبير عنها .

---

(١) نظرية الإلتزام . د/ سمير تناغو / ٣٩ .

توافق الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة [1] :

بناء على إرتباط الإرادتين الظاهرة والباطنة ، أو بمعنى آخر إرتباط عنصري الإرادة ، وهما النية الخفية والعبارة الظاهرة يوجد العقد وتترتب على وجوده آثاره .

والمفروض أن تتطابق الإرادة مع العبارة ، وأن تصور إرادة الإنسان تصويرا حقيقيا دقيقا وتكشف عن نيته ، وهذا يعني توافق العبارة مع الإرادة ، فينتج الأثر الشرعي من هذا التوافق الذي يتم به العقد .

وقد يكون الأمر أحيانا غير ذلك فلا تلتقي الإرادتان ، ولايدل الكلام المسموع أو الفعل الظاهر على النية الحقيقية ، فهل تكون العبرة حينئذ بالإرادة دون التقيد باللفظ المكون للعقد ؟

أم تكون العبرة بظاهر الكلام دون بحث فيما وراءه من نية وإرادة ؟

نستطيع أن نقول إن للفقه الإسلامي في هذا المجال وجهتين :

الوجهة الأولى : وهي الأخذ بظاهر الألفاظ من غير نظر إلى النيات والأغراض ، وأبرز من يمثل هذه الوجهة هو الإمام الشافعي .

الوجهة الثانية : وهي الأخذ بألفاظ العقود محمولة على النيات، أي أنه لايعتد بالألفاظ إلا لإرتباطها بقصد ونية ، وأبرز من يمثل

---

(١) انظر أعلام الموقعين جـ ٥ : ١٠٥ - ١١٩.

هذه الوجهة هو أحمد بن حنبل .

وحجة أصحاب الإتجاه الأول (وهو الأخذ بظاهر اللفظ) أن النيات شئ مكنون لايطلع عليه إلا الله ، ومن هنا كانت أحكام الشريعة الإسلامية فى الدنيا مبنية على الظاهر ، وكان النبى صلى الله عليه وسلم يحكم بمقتضى الظاهر تاركاً علم السرائر لله وحده .

فإذا كان الحال كذلك فى أحكام العباد كلها ، فإن العقود كذلك لايؤخذ منها إلا بما تنطق به العبارات من غير نظر إلى النيات ، فالعقد الصحيح هو الذى تنطق به عباراته وألفاظه وتستكمل شروطه دون نظر إلى نيات المتعاقدين وقصدهم ، لأن الله وحده هو المطلع على النيات وهو المحاسب على القصد .

ولذلك فإنه سبحانه - قد تجاوز للأمة عماحدثت به أنفسها ما لم تعمل به ، وتجاوز لها عما تكلمت به مخطئة أو ناسية أو مكرهة أو غير عالمة به إذا لم تكن مريدة لمعنى ما تكلمت به أو قاصده إليه ، فإذا إجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم .

أما حجة أصحاب الإتجاه الثانى (وهو إعتبار النيات والمقاصد) فتتمثل فى أن ألفاظ العقود ليس لها قوة إنشاء العقود إلا بقدر تعبيرها

عما فى النفس من معان ورغبات ، فإذا لم تكن متطابقة مع القصد فأنه لاينشأ منها عقد ولاينبنى عليها حكم .

ويبدو أن الحنفية يتجهون وجهة الأمام الشافعى فى إعتبار اللفظ دون البحث عن النية من ورائه ، فهم يحكمون بصحة بعض العقود التى إكتملت شروطها فى الظاهر، ولا يفتشون عما وراء هذه الشروط من نيات ومقاصد ، وإذا كانوا يعتبرون النية والقصد فى بعض الأحوال فإنهم يقصرون هذا الإعتبار على النيات التى ليس فى العقد مايدل عليها دلالة صريحة بالألفاظ ، فهى - إذن - متعلقة بالله تعالى ، وهو - سبحانه - مطلع عليها ويحاسب الناس بنياتهم .

أما مايتعلق بأفعال العباد فإن اللفظ فقط هو الدال عليه ، لإنهم لايستطيعون أن ينفذوا إلى ماوراء هذا اللفظ من نوايا، ومن هنا طبقوا قاعدة تقول "المعتبر فى أوامر الله المعنى ، والمعتبر فى أمور العباد الإسم واللفظ"[1] ونجد هذين الإتجاهين السابقين فى القانون الحديث ، فالمدرسة الفرنسية تأخذ بالإرادة الباطنة ، وذلك لحماية الفرد الذى خانه التعبير عن

(١) انظر فى هذا الموضوع : حاشية الحموى على الأشباه والنظائر لابن نجيم جـ ٢ / ٣٢٠ وانظر الفقه الإسلامى : مدخل لدراسته . د/ محمد يوسف موسى / ٣٤٢ . الملكية ونظرية العقد للشيخ أبو زهرة / ٢٤٢ . الفقه الإسلامى محمد سلام مدكور / ٣٨٧ .

إبراز ما إرادة فعلا . والمدرسة الألمانية تأخذ بالإرادة الظاهرة . لأن العقد ليس فقط ظاهرة نفسية . بل هو أساسا ظاهرة إجتماعية، ولاتظهر آثاره إلا فى المجتمع . ولذلك يجب حماية للثقة المشروعة فى المعاملات عدم الإعتداد بغير الإرادة الظاهرة [11].

صور لإختلاف العبارة مع الإرادة :

أ - عدم إدراك المقصود من العبارة :

فإذا حفظ أجنبى جملة باللغة العربية ولم يفهم المقصود منها . ثم رددها بلسانه ترديدا دون إدراك كأن يقول "بعت سيارتى" أو "طلقت زوجتى" أو كأن تلقن أجنبية جملة باللغة العربية مثل "زوجت نفسى لك" فرددتها دون وعى .. وكان من شأن هذه العبارات أن تنتج إلتزاما شرعيا معينا لو صدرت عن قصد وإرادة . ولكن لأنها هنا ليست كذلك فإنها لاتمثل تعبيرا عن إرادة معتبرة . وليس لصاحبها قصد من ورائها فى انشاء العقد وترتب حكمه الشرعى عليه .

ومن ذلك عبارة السكران الذى لايعى مايقول . ولايقصد حقيقة مايتلفظ به لأنه مسلوب الإرادة .

---

(11) نظرية الإلتزام د/ سمير تناغو / ٤٠ .

وقد ذهب أحمد بن حنبل وأهل الظاهر وبعض الفقهاء إلى عدم ترتيب أثر شرعي على عبارة السكران فلا يقع طلاقه اعتمادا على قول الرسول : "رفع القلم عن ثلاثة منها عن المجنون حتى يعقل أو يفيق" ، وقول الله تعالى : " **لَا تَقْرَبُوا۟ الصَّلَاةَ وَأَنتُمْ سُكَارَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا۟ مَا تَقُولُونَ** " ، فجعل قول السكران غير معتبر لأنه لايعلم مايقول بينما يتجه مالك وأبو حنيفة وصاحباه، والشافعي إلى وقوع طلاق السكران ، لأنها تعبر عن إرادة سليمة وإ[illegible] واع ، بل معاقبة له على السكر وزجرا لغيره من الناس . والواقع أن عدم الإعتداد بعبارة السكران هوالأولى ، إذ أن له عقوبة محددة على سكره، فلامسوغ لإيقاع طلاقه حيث يكون ذلك عقوبة أخرى ، ولاتجتمع عقوبتان على جريمة واحدة .

هذا إلى أن جعل الطلاق عقوبة يحتاج إلى دليل على المعاقبة للسكران بفراق أهله ، فإن الله لم يجعل عقوبته إلا الحد :

إدراك معنى العبارة مع ترديدها هزلاً أو خطأ :

وإرادة العبارة في هذه الحالة تتنافى مع إرادة القصد إلى إنشاء العقد ، فالهازل يدرك معنى مايقول ولكنه لايقصد ترتيب الأثر على قوله .

ويتجه الشافعية - كما ذكرنا - إلى الإرادة الظاهرة ، فيأخذون بعبارة الهازل ويهملون نية قائلها فلايأخذون بادعائه أنه كان هازلا و يعللون ذلك بأن صاحب العبارة الهازل قد قصدها وهو أهل للإختيار ، وقد ذكر بعضهم أن الشافعى قد نص على أن نكاح الهازل لايصح بخلاف طلاقه أما الحنفية والمالكية فأنهم لم يرتبوا على عبارة الهازل أثر إذا قام الدليل على هزله ، وذلك لإنتفاء القصد والإرادة .

وقد رأى المالكية هذا الرأى فى كل العقود سواء منها ما إتصل بحقوق العباد كالبيع والرهن والإجارة ، أو ما كان فيها حق الله كالزواج والطلاق والعتاق ، ويرى بعض أصحاب مالك أن الدليل إذا قام على الهزل لم يلزمه عتق ولا نكاح ولا طلاق .

بينما لايرى غيرهم ذلك إلا فى العقود المالية ومافى حكمها ، أما الزواج والطلاق والرجعة والعتاق ، فقد جعلوا الهزل فيها كالجد إعتمادا على حديث "ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة" وفى رواية "النكاح والطلاق والعتاق" ... حيث لاينبغى الهزل فى هذه الأمور التى فيها حق لله سبحانه [(١)].

---

(١) الدر المختار بحاشية ابن عابدين جـ ٢ / ٤٣٤ ، وفتاوى ابن تيمية جـ٣ / ٤٦ سبل السلام جـ٣ / ١٠٨٨ ، وقد ذهب البعض إلى تضعيف هذا الحديث لضعف سنده .

... واللعب والهزل والمزاح فى حقوق الله غير جائز ، فيكون القول وهزله فى جانب الله سواء بخلاف جانب العباد [1].

ومن صور التلفظ بالعبارة والتظاهر بإنشاء العقد دون الرغبة فيه ما يفعله بعض الناس فى عقد الزواج من إعلان مهر كبير للتظاهر والتفاخر أمام الناس مع الإتفاق سرا على مهر أقل منه بين المتعقادين طلبا للشهرة .

ويتجه الشافعى فى هذه الصورة إلى ظاهر العبارة أما غيره من الفقهاء فإنهم يأخذون بما إتفق عليه المتعاقدان ولاعبرة بما تظاهرا به وأعلناه للناس .

ومن هذه الصور أيضا أن يتظاهر إثنان بتوقيع عقد بينهما لبيع شئ معين ، ثم يتفقا سرا على أنهما سيعقدان العقد بصورة ظاهرية فقط ، وكثيرا مايحدث هذا من المدينين إذ يبيعون أموالهم وممتلكاتهم بيعا صوريا لتهريبها من وجه الدائنين ، ويسمى هذا النوع من البيع "بيع التلجئة" ، وذلك لما فيه من إلتجاء الشخص إلى غيره ليجعلا من العقد الصورى ستارا ظاهريا يخفى حقيقة النية .

وقد يحدث أن يكون البيع بيعا حقيقيا ولكن يتواطأ البائع والمشترى على إعلان ثمن أكثر من المتفق عليه ، وذلك ليمنعا الشفعة عن صاحب الحق

(١) أعلام الموقعين جـ٣ / ١٢٤ .

فيها ، فهو حين يجد الثمن مرتفعا قد يحجم عن التمسك بحقه فى الشراء بالشفعة ...

ففى هذه الصور وأمثالها لايترتب أثر على العقود التى لم تتوفر فيها النية الحقيقية ، وذلك خلافا لمايراه الشافعية من الأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة

ومن قبيل ترديد العبارة المفهومة قصدا دون إرادة إحداث الأثر المترتب عليها أن يردد أحد الناس عبارة لحفظها أو لتعليمها للطلبة أو لإلقائها فى مسرحية ، فمن ردد هذه الصور - عبارة "أنت طالق" مثلا فإنه لايلتزم بأى إلتزام ، ولاتنشئ عبارته عقدا من العقود .

أما عبارة المخطئ فإن الشافعى يرى أنها تخالف عبارة الهازل ، لأن المخطئ لايقصد العبارة ولايرتب عليها أثرا شرعيا ، والله يقول : "وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ "

ومن ثم فإن عبارة المخطئ فى نظر الشافعى غير ملزمة ، وكذلك يرى أحمد بن حنبل .

غير أن الحنفية يتجهون عكس ذلك فيأخذون بظاهر العبارة ، ويلزمون المخطئ بعبارته ، لأن الخطأ أمر باطنى لا دليل عليه ، فإذا دل عليه دليل فلا خلاف - حينئذ - فى الرجوع إلى الإرادة الباطنة .

٣- الإكراه على إنشاء عبارة لها قوة الإلزام :

فقد يضطر الإنسان إلى أن يتلفظ بعبارة لايقصد أثرها ، ولكنه تلفظ بها خوفا من البطش أو خضوعا للتهديد .

وهذا الإكراه من شأنه أن يفقد المكره إرادته وقصده ، ومن هنا يقصد دفع الأذى عن نفسه ، فإنتفى الحكم لانتفاء القصد ولذلك فقد قال أبو حنيفة وصاحباه (محمد وأبو يوسف) بفساد عقد المكره [(١)] .

وقال الشافعية والحنابلة والمالكية ببطلان هذا العقد ، واستدلوا على ذلك بأدلة منها قوله تعالى : "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ "

ووجه الدلالة أن هذا النص عام ، فلفظ التجارة يشمل البيع وغيره من المعاملات .

كما استدلوا أيضا بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : "إنما البيع عن تراض" .

وقد رأى زفر من الحنفية أن العقد ينعقد موقوفا على إجازة المتعاقدين حال السعة والإختيار أى بعد زوال الإكراه ، واحتج لذلك بقياس عقد المكره على عقد الفضولى ، فكما أن عقد الفضولى يتوقف على إجازة المالك فكذلك عقد المكره يتوقف على إجازته بعد زوال الإكراه عنه [(٢)] .

---

(١) انظر البدائع للكاسانى . ط . الإمام جـ ٥ كتاب الإجازة/ ٢٥٦١ .
(٢) نظرية العقد الموقوف . د/ عبد الرازق حسن فرج .
ولقد نصت المادة ١٢٧ من القانون المدني على أنه يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها الآخر فى نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس .

الإختيار والرضا فى العقود[1]

كما أختلفت الحنفية وجمهور الفقهاء حول تعريف " الرضا " فإنهم يختلفون حول تعريف " الأختيار " .

فقد عرف الحنفية " الأختيار " بأنه (القصد إلى أمر متردد بين الوجود والعدم داخل فى قدره الفاعل بترجيح أحد الجانبين على الآخر) .

أما جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فإنهم لايفرقون بين الأختيار والرضا فهو عندهم (قصد [illegible] اء العقود وترتيب آثارهما عليها مع السلامة من الأسباب المؤدية لفواته وأختلاله).

وقد مر هذا التعريف .

وبناء على هذا الأختلاف فى التعريف ، فقد أختلفوا فى تحديد العلاقة بين الرضا والأختيار .

فالرضا عند الحنفية أخصّ من الأختيار ، ومن أجل ذلك فقد قسموا الأختيار إلى ثلاثة أقسام على النحو التالى :

الأختيار الصحيح :

وهو إختيار الشخص ذى الأهلية الكاملة الذى لم يتعرض لإكراه ملجئ .

1) الملكية ونظرية العقد ، الشيخ أبو زهرة/٢٢١ ، الفقه الإسلامى . د/ مدكور/ ٤٠٤ .

وهذا القسم إذا لم يقترن به إكراه ملجئ فهو أختيار صحيح .

وهو يختلف عن الرضا فى عدم إقتران الرضا بإكراه من أى نوع سواء أكان ملجئاً أم غير ملجئ .

الأختيار الباطل :

وهو أختيار المجنون أو الصبى غير المميز، لإنعدام الأختيار لديهما .

وفى هذا القسم ينعدم الرضا كما ينعدم الأختيار .

الأختيار الفاسد :

وهو الأختيار الذى لم يستقل به صاحبه ، وإنما حدث بناء على أختيار شخص آخر قد هدده بقتل أو قطع عضو ، وظن أنه قادر على إنفاذ ما هدد به ، وهذا ما يسمونه بالإكراه الملجئ .

وفى هذا القسم ينعدم الرضا تماماً ، أما الأختيار فيبقى مع كونه فاسداً .

ومعنى هذا التقسيم ان الأختيار يكون صحيحاً إذا لم يكن هناك إكراه من أى نوع ، أو إذا لم يكن هناك إكراه غير ملجئ .

أما الرضا فإنه يصاحب الأختيار مع أنتفاء وقوع أى إكراه ، وقد يوجد أختيار دون رضا كما فى حالة الإكراه غير الملجئ .

وبناء على ذلك فإن الإكراه - عندهم - لاينافى الأختيار لأن الأختيار يوجد معه صحة وفساداً فى حين أنه ينافى الرضا .

وقد أشرنا الى أن جمهور الفقهاء لم يفرقوا بين الرضا والأختيار بل هما بمعنى مترادف عندهم ، ويمكن أن يقال بأن (القصد إلى إنشاء العقود مع السلامة من الأسباب المؤدية إلى فواته وأختلاله) يصح معنى لكل من الرضا والأختيار عند جمهور الفقهاء كما يفهم ذلك من عباراتهم .

وبناء على تفريق الحنفية بين الرضا والأختيار فقد جعلوا الأختيار هو الأساسي فى تكوين العقود وأنعقادها .

أما الرضا فليس بلازم لإنعقادها ولا لصحتها ، ولكنه لازم لصحة بعضها .

ومن ثم فإذا كان الأختيار هو أساس العقد ، فإنه إذا وجد فقد وجد العقد .

أما الرضا فإنه يتعلق ببعض العقود دون بعضها الآخر ، ومن أجل ذلك فقد قسموا التصرفات الشرعية إلى قسمين :

القسم الأول : تصرفات لاتحتمل الفسخ كالنكاح والطلاق ، ومعنى ذلك أنها متى انعقدت تنعقد لازمة ، ولاتقبل الفسخ فى أصل شرعيتها ولاتتراخى أحكامها عن أسبابها [١] .

وهذه التصرفات تنعقد صحيحة وإن لم يتوافر فيها الرضا ، فمتى وجد الإختيار انعقدت وترتب عليها آثارها سواء أوجد الرضا فيها أم لم يوجد ..

---

(١) شرح التلويح على التوضيح ٢ / ٣٩٩ .

وبناء على ذلك فإن الهزل والإكراه والخطأ لايؤثر أى منها فى صحة الطلاق مثلا . بل يقع صحيحا معها وذلك لأن الرضا ليس بشرط عندهم فى صحة هذه التصرفات التى لاتتحمل الفسخ .

القسم الثانى : تصرفات تحتمل الفسخ :

وهى التى يطلق عليها (العقود الجائزة) أى التى تقبل الفسخ برضا المتعاقدين ، أو بشرط يجيزه كخيار الشرط مثلا ...

ويندرج تحت الـ [illegible] الجائزة عقود البيع والإجازة وسائر العقود التى تكون الأموال مقصودة بالذات فيها .

فهذه التصرفات تنعقد وتوجد اذا وجد الاختيار ولكن لاتكون صحيحة إلا إذا تحقق الرضا .

ومن هنا ندرك أن الرضا ليس ركنا فى العقود - عند الحنفية - فلايتوقف عليه انعقادها .

وإنما الركن فى العقد هو قصد الإيجاب والقبول (وهما الاختيار) أما الرضا فهو شرط صحة ولزوم فى العقود التى تقبل الفسخ فقط .

وإذا كا[illegible] جمهور الفقهاء لايفرقون بين الرضا والإختيار ، فإنهم يرون أن العقد لاينعقد إلا إذا توفر الرضا أو الإختيار .

والرضا عندهم ركن فى جميع العقود سواء أكانت مما يقبل الفسخ أو مما لايقبله .

وتوفر الرضا يكفى فيه مجرد قصد الصيغة الدالة على العقد قصدا صحيحا يراد به من ورائه تحقيق الآثار .

وقد قال الزنجانى [1] (الأصل الذى تنبنى عليه العقود المالية من المعاملات الجارية بين العباد التراضى) .

ومن هذا الاتجاه نرى أنه لايكفى قصد دون إرادة أثر ، فلا تنعقد عندهم عقود الهازل والمخطئ والمكره .

ومع ذلك فإن الجمهور يصححون بعض التصرفات مع الهزل كالنكاح والطلاق والرجعة .

ومعروف أن الهازل لم يقصد حقيقة العقد ، ولاترتيب إرادة عليه ولكن هذا استثناء ثبت بدليل خاص وهو حديث النبى صلى الله عليه وسلم " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة " [2] .

ونرى أن التفرقة بين الإختيار والرضا تفرقة شكلية ، فإن المكره لايصح أن نسميه مختارا ، و الهازل وإن وعى المقصود بعبارته فإنه لايقصد أثرها ومعناها وليست العبرة فى المعاملات وغيرها من أمور الحياة بالألفاظ والعبارات فإن قصد الإنسان هذه النتيجة فقد تحقق الاختيار ، وإن لم يقصدها لم يتحقق .

---

(١) تخريج الفروع على الأصول / ١٤٢ .

(٢) أخرجه إبو داود جـ٢ / ٣٣٢ .

كما أن تعريف الرضا بالراحة النفسية والانبساط القلبي يعني أن نتيجة العقود دائما نتيجة سارة للعاقد .

وليس الأمر كذلك دائما ، فقد يعبر الانسان عن رغبته في إنشاء العقد . ويقصد الأثر المترتب على هذه الرغبة ...

ثم تكون النتيجة على غير ماكان يتوقع ، فهو إذن مختار في إنشاء العقد ، ولكنه ليس راضيا عن نتيجته .

ومن هنا فقد ذهب جمهور الفقهاء - من غير الأحناف - إلى أن الرضا والاختيار بمعنى واحد ، فهما مثلا زمان ، ولايتحقق اختيار مجرد عن رضا ، كما أن الرضا لايتحقق من غير اختيار .

ومادمنا قد تحدثنا عن الإكراه كقوة قاهرة تمنع إتفاق العبارة الظاهرة مع الإرادة الباطنة ، وقلنا أن الإرادة المفهومة هى أساس العقد ، فأنه يحسن أن نشير إلى أن الفقهاء قد جعلوا لهذه الإرادة عنصرين أساسيين هما الإختيار والرضا .

وقد فرق الحنفية بين هذه العنصرين حيث قالوا أن الإختيار هو القصد إلى العبارة أو مايقوم مقامها من كتابة أو إشارة أو غير ذلك ، وهذه الأشياء وإن كانت هى الوسائل إلى إنشاء العقد والأداة الشرعية لوجوده ، إلا أنها قد تحدث دون رغبة فى إنشاء العقد ، فقد يعبر الإنسان - كما رأينا - بألفاظ تدل على قصد حقيقى فى ترتيب أثر عليها كماهو الحال فى السكران والهازل والمكره وغيرهم .

ومن هنا يرى الحنفية أن الإنسان متى إستطاع أن ينطق بالعبارة عالما مضمونها وفحواها فقد تحقق عنصر الإختيار وإن لم يكن يقصد الأثر المترتب

على هذه العبارة ، وهذا الإختيار - بناء على هذا الفهم - لايتنافى مع الهزل ولا مع الإكراه ، ولكنه يكون صحيحا إن صدر عن ميل ورغبة ، ويكون فاسدا إن لم يتحقق فيه ذلك .

أما الرضا فإنه هو الإرتياح النفسى للنتيجة المترتبة على العبارة ، وهذا الإرتياح لايتحقق بمجرد القصد إلى العبارات المنشئة للعقد بل لابد من تحقق الرغبة فى العقد ذاته بحيث يكون وقوعه مشبعا لحاجة نفسية يـ ـها العاقد .

وإذن فقد يتحقق الإختيار دون أن يتحقق الرضا كما هو فى عبارة الهازل والمكره ، ولكن لايتصور تحقق الرضا دون تحقق الإختيار .

ونرى أن التفرقة بين الإختيار والرضا تفرقة شكلية ، فإن المكره لايصح أن نسميه مختارا والهازل وإن وعى المقصود بعبارته فإنه لايقصد أثرها ومعناها ، وليست العبرة فى المعاملات وغيرها من أمور الحياة بالألفاظ والعبارات ، بل بالنتيجة التى تؤدى إليها هذه الألفاظ والعبارات ، فإن قصد الإنسان هذه النتيجة فقد تحقق الإختيار ، وإن لم يقصدها لم يتحقق .

كما أن تعريف الرضا بالراحة النفسية والإنبساط القلبى يعنى أن نتيجة العقود دائما تكون نتيجة سارة للعقد ، وليس الأمر كذلك دائما ، فقد

يعبر الإنسان عن رغبته في إنشاء العقد ، ويقصد الأثر المترتب على هذه الرغبة .

ثم تكون النتيجة على غير ماكان يتوقع ، فهو إذن مختار فى إنشاء العقد ، ولكنه ليس راضيا عن نتيجته .

ومن هنا فقد ذهب جمهور الفقهاء من غير الأحناف إلى أن الرضا والإختيار بمعنى واحد ، فهما متلازمان ، ولايتحقق إختيار مجرد عن رضا ، كما أن الرضا لايتحقق من غير إختيار .

٤- مخالفة المدلول اللغوى لقصد المتكلم :

فقد يستعمل العاقد لفظا موضوعا فى اللغة لإنشاء عقد خاص ، ولكنه يريد به عقدا آخر ، ومن ذلك أن تستعمل أمرأة لفظ الهبة وتقصد به الزواج حيث تقول للرجل "وهبتك نفسى" ، وفى ذلك يقول الله تعالى "وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ " ، أو أن تستعمل لفظ "البيع" مثلا فتقول : "بعتك نفسى بمائة جنيه" .

وفى مثل هذه الصورة يرى الأحناف أن القرائن مادامت تدل على المعنى المقصود فلاعبرة بالألفاظ ، وإن العبارة وإن كان لها معنى لغوى معروف فإنها تتصرف إلى ما أرادة العاقدان من عقود ، وهم يبنون ذلك على قاعدة "العبرة فى العقود بالمعانى لا بالألفاظ والمبانى" .

ولقد ذكرنا قبل ذلك أنهم طبقوا قاعدة تنظم العلاقة بين النية والألفاظ هى "المعتبر فى أوامر الله المعنى ، والمعتبر فى أمور العباد الإسم واللفظ ، ولدفع ما قد يتصور من تعارض بين القاعدتين نرى أن هذه القاعدة الأخيرة أقدم من القضية الأولى وأكثر عمقا ، لأنها تكل أمر الإطلاع على النيات إلى الله سبحانه الذى يعرفها ويحاسب عليها ، وتجعل الألفاظ الظاهرة مناط الإلتزام بين الناس ، حيث أن طاقتهم محدودة ، فلهم اللفظ الظاهر والله يتولى السرائر .

وليس المقصود بكلمة المعنى فى العبارتين واحدا ، ففى قولهم "العبرة بالمعانى يقصد بها المدلول الذى يفهم من العبارة ، أى ما تؤدى إليه هذه العبارة من معنى .

أما قولهم "المعتبر فى أوامر الله المعنى" فإن المقصود من المعنى هنا هو النية والغرض الذى لم تقترن بالعقد عبارة تنبئ عنه صراحة [1]" .

ولكن بعض الحنابلة لايتجهون إلى ما إتجه إليه الأحناف حيث يهدرون التعبيرات أن لم يتفق مدولها اللغوى مع ما أريد أنشاؤه بها من عقود .

---

(١) فضيلة الشيخ أبو زهرة الملكية ونظرية العقد / ٢٤٩ .

٥- جعل العقد وسيلة إلى غرض غير شرعى :

وفى هذه الصورة يستكمل العاقد أركان العقد وشروطه ويريد إنشاءه وترتب الأثر عليه ولكن غايته من وراء هذا العقد غير مشروعة ، أى أن الوسيلة صحيحة والغاية باطلة ، ويتعلق بهذه الصورة ما يأتى :

أ- زواج المحلل : فإذا طلق الرجل زوجته للمرة الثالثة ، فإنه لايجوز له الزواج بها حتى تنكح زوجا غيره زواجا صحيحا ، حيث يقول الله تعالى : " فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ " .

وقد يعمد هذا الرجل إلى شخص أجنبى فيعقدعلى الزوجة المطلقة عقدا صوريا ثم يطلقها لتعود إلى زوجها الأول .

وحكم هذا الزواج عند أبى حنيفة أنه إن كان بشرط التحليل كأن قال الزوج الثانى للمرأة تزوجتك لأحلك لزوجك السابق كلن العقد صحيحا والشرط فاسدا ، وتحل الزوجة لزوجها الأول بعد دخول الثانى بها وطلاقها منه ، إلا أنه مكروه تحريما لقول الرسول صلى الله عليه وسلم "لعن الله المحلِّل والمحلَّل له" .

أما إذا وقع الزواج الثانى دون شرط ، وأن كان هو المقصود فلا يكون مكروها وتحل به لزوجها الأول .

وإلى مثل ذلك يتجه الشافعى حيث يقول : المحلل الذى يفسد نكاحه هو من تزوجها ليحلها ثم يطلقها ، فأما من لم يشترط فلا بأس .

وعند أبى يوسف هو عقد فاسد ، لأنه مؤقت وأصل الزواج أن يكون دائما .

وعند محمد هو عقد صحيح ، إلا أنه لايحل للزوجة أن تعود لزوجها الأول بعد مفارقة الآخر لها عقابا له ، لأنه إستعجل طلاقها من الثانى ، وكذلك يرى الشافعى أن النكاح فى هذه الحالة صحيح ، أما مالك فقد كان يقول عنه هو نكاح مفسوخ .

إذ أن العبرة فى العقود بالمقاصد والنيات لا بالألفاظ والعبارات وسبب إختلافهم أنهم إختلفوا فى مفهوم قوله عليه السلام " لعن الله المحلل والمحلل له" فمن فهم من اللعن التأثيم فقط قال : النكاح صحيح ، ومن فهم منه فساد العقد قال : النكاح فاسدا [1] .

ب- بيع العينة [2] :

وهذا البيع يراد به التحليل على أكل الربا وإسنحلاله ، وصورته أن

(١) بداية المجتهد جـ٢ / ٧٢ ، نيل الأوطار جـ٧ باب النكاح المحلل / ٣١٠ .

(٢) العينة - بكسر العين - السلف أو القرض ، يقال : باعه عينة أى باعه السلعة إلى أجل ، ثم إشتراها منه بأقل من الثمن الذى باعها به .

يكون هناك رجل محتاج إلى مبلغ من المال وليكن ١٠٠٠ جنيه ، فيذهب إلى أحد المرابين فيقول له : بعنى سيارتك هذه بـ ١٥٠٠ جنيه على أن أدفع لك الثمن بعد سنة ، فيتظاهر الآخر بالقبول ويعطيه السيارة ، وحينئذ يكون هذا المشترى مدينا للبائع بـ ١٥٠٠ جنيه ومالكا - ملكا صوريا - للسيارة، وقبل إنصرافه بها يبيعها لصاحبها الأصلى بـ ١٠٠٠ جنيه تدفع فورا ، ثم يقبض المبلغ ١٠٠٠ جنيه ويرد السيارة إلى صاحبها الأصلى ، ويكون مدينا له بـ ١٥٠٠ جنيه ترد بعد سنة ، وهذه العملية تتم بإتفاق سابق بينهما تحايلا على الربا .

وقد يوسط هذان الشخصان شخصا ثالثا فيقوم بعملية البيع الثانية ويقبض الثمن ويدفعه للراغب فى القرض ، وهذا كله من ألوان التحايل على إستحلال الربا وقد حرمه الله .

ولقد ذهب بعض الفقهاء ومنهم الأمام الشافعى إلى أن هذا العقد جائز لأنه قد إستكمل أركانه، ولاعبرة بالنية الخفية التى لادليل لنا عليها .

ولقد قال الشافعى أنه لابأس بأن يبيع الرجل السلعة إلى أجل ويشتريها من المشترى بأقل بثمن عاجل ، وذلك على الرغم من أنه قد روى أمرأة أتت عائشة فسألتها عن بيع باعته إلى زيد بن أرقم بكذا وكذا إلى

العطاء ، ثم إشترته منه بأقل ، فقالت عائشة: بئسما إشتريت بئسما ابتعت . أخبرى زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده ، مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن يتوب .

ويتجه الشافعى إلى أن هذا الحديث مجمل، وأنه لو كان ثابتا فقد تكون عائشة قد عابت لبيع إلى العطاء لأنه بيع أجل غير معلوم [١] .

ولكن ابن حنبل ومالكا وأبا حنيفة يرون أن هذا العقد باطل [٢] إذ هو تحليل غير مقبول وتعاون غير محمود والله نهانا عن التعاون على الحرام فى قوله : "ولاتعاونوا على الإثم والعدوان" .

والبيع بالعينة أدنى الحيل إلى إستحلال الربا ، وإتخاذ أحكام الله هزوا ، لأن من يستعملها يسميها بيعا ، ويقول : أن الله أحل البيع ، وهى فى الحقيقة ربا ، وإذا كان الله قد أحل البيع فقد حرم الربا .

ولعلنا خروجا من هذا الخلاف نقول أنه إذا كان البائع والمشترى متفقين قبل "عملية" البيع والشراء الأولى على أنها عملية صورية وأنهما سيجريان بعدها بيعا وشراء جديدين يعود فيها المبيع إلى صاحبه الأصلى ، ويقبض فيه المشترى مبلغاً من المال ، ثم يكون مديناً لصاحبه بمبلغ آخر فذلك هو التحايل الذى لا شك فى بطلانه .

---

(١) انظر مختصر المزنى على الأم جـ٢ / ٢٠١ .

(٢) المغنى لابن قدامة جـ٤ / ١٧٤ والشرح الكبير للدردير وبرفع الحاشية جـ ٣ / ٩٩ ، نيل الأوطار جـ ٦ / ٣٦٢

أثر الإرادة المنفردة فى العقد :

بينا – عند تعريفنا للعقد – أن هناك إتجاهين لتعريفه : إتجاها يشترط إجتماع إرادتين هما الإيجاب والقبول لإيجاد العقد ، وإتجاها آخر إلى تعميم التعريف بحيث يشمل العقد كل ماعزم المرء على فعله ولو بإرادة واحدة .

وبناء على ذلك فإن الإتجاه الأول يرى أنه لايوجد عقد مع التصرف الإنفرادى أو الإراده المنفردة بعكس الإتجاه الثانى وأياما كان تعدد الجهات فإننا نجد التصرفات الشرعية تترتب عليها الإلتزامات بتوافق إرادتين ، وقد تنشأ بإرادة منفردة ، ونجد الشريعة الإسلامية بوجه عام قد إعتبرت الإرادة المنفردة منشئة للإلتزام فى كثير من الأحيان ، غير أن العقود التي لاتوجد إلا بإيجاب وقبول لايترتب عليها أثر بإرتباط معا ، وما لم يوجد هذا الإرتباط لايوجد العقد ولايترتب إلتزام .

ومن هنا يرى الفقهاء أن الإيجاب غير ملزم للموجب إلا إذا ترتب عليه قبول ، فإذا لم يصدر هذا القبول فإن للموجب حق الرجوع فى إيجابه ، بل أن

من الفقهاء من جعل لكل من العاقدين الحق فى الرجوع عن العقد مادام المجلس منعقدا [1].

من مجالات الإرادة المنفردة فى الشريعة [2] :

هناك مجالات يرى فقهاء الشريعة أن الإرادة المنفردة تنشئ فيها إلتزاما يتم من غير توافق الإيجاب مع قبول ، ومن هذه المجالات مايأتى :

---

(١) نظرية الألتزام . د/ سمير تناغو ١٨٤ - ١٨٩ .

يقوم الجدل بين مدرستين : المدرسة ألمانية والمدرسة الفرنسية ، ففى المدرسة الألمانية تذهب نظرية معروفة إلى القول بأن الإرادة المنفردة قادرة على إنشاء الإلتزامات ، والشخص لايلتزم بإرادته وحده ، وتذهب هذه النظرية إلى أبعد من هنا فتقرر أن العقد نفسه ليس مصدرا مستقلا من مصادر الإلتزام ، وإنما يلتزم المدين فى العقد بمقتضى إرادته المنفردة فى نطاق هذا العقد .

أما المدرسة الفرنسية : فإنها تذهب عكس ذلك الإتجاه ، إذ تجعل العقد هو المصدر الإرادى الرئيسى للإلتزام لا الإرادة المنفردة ، وهى فى رفضها للإرادة المنفردة ترى أن المدين مثلا إذا إلتزم بهذه الإرادةوحدها ، فرنه يستطيع بها أيضاأن يتحلل من التزامه ويصبح من غير المفهوم أن يكون الطرف الأخر فى الإلتزام دائنا بغر إرادته ، ومن هنا فلابد من إلتقاء الإرادتين إرداة الدائن وإرادة المدين لإنشاء الإلتزام من طرف والإلزام من طرف آخر .

وعند إعداد القانون المدنى المصرى كان هناك إتجاه إلى الأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر عام من مصادر الإلتزام ، ولكن عدل عن هذا الإتجاه إلى جعل هذه الإرادة مصدرا خاصا من مصادر الإلتزام فى مجالات خاصة نص عليها القانون .

(٢) الملكية ونظرية العقد . الشيخ أبو زهرة / ٢١٦ - ٢٢١ . الفقه الإسلامى : مدخل لدراسته . د/ محمد يوسف موسى / ٣٣٦ - ٣٣٨ .

أ - الوقف [1] :

يتجه الفقهاء إلى أن الوقف إذا كانت طبقاته جهة لاينحصر آحادها ، فإن الإرادة المنفردة هى التى تنشئ الإلتزام . فلو وقف شخص جزءا من أرضه على مؤسسة خيرية فإن الوقف ينعقد ويتم الإلتزام الذى ينشأ بمقتضاه بمجرد صدور الصيغة الدالة على إنشائه .

أما إذا كانت أولى طبقاته أشخاصا معينين حددهم الواقف ، فإن كثرة الفقهاء على أن الوقف ينعقد لازما بمجرد صدوره . ولكن لايثبت الحق لمستحقه إلا بعد قبوله ، ويكفى عدم الرد دليلا على القبول ومن هنا نتبين أن الوقف يتضمن أمرين :

الأول : الوقف على جهة بر لاينحصر آحادها ، ويتم الإلتزام فيها بالإرادة المنفردة .

الثانى : الوقف على شخص معين أو أشخاص معينين ويثبت بقبول الموقوف عليه .

ب - الإبراء :

قد يكون لشخص دين على شخص آخر ، فيتنازل صاحب الدين عن دينه ويبرئ ذمة المدين منه ،وذلك هو الإبراء، ولايتوقف ذلك على قبول

(١) انظر نيل الأوطار جـ٧ . كتاب الوقف / ١٤٦ .

المدين، وإنما يكفى فيه إبراء الدائن .

ولكن قد يحدث أن يرد المدين هذا الإبراء أى يرفضه حتى لايخرج من دين مادى يثقله إلى دين معنوى يحرج شعوره ، وحينئذ يرتد هذا الإبراء ويصير كأن لم يكن .

هذا مذهب أبى حنيفة فى الإبراء ، أما الراجح من مذهب مالك فهو أن الإبراء لايتم إلا بالقبول أى أنه لايتم بالإرادة المنفردة [1] .

جـ - الكفالة :

قد يعجز المدين عن سداد ماعليه من دين ، فيتكفل إنسان بأن يؤدى عن مدينه ، وهذه هى الكفالة فى معناها العام ، وهى تنعقد عند الإمام مالك بالإرادة المنفردة ، أى لاتتوقف على قبول المدين ، وهذا أحد رأيين عند الإمام الشافعى ، وهو قول أبى يوسف أيضا ، إلا أنه يرى أن الكفالة ترد برفض المدين .

أما أبو حنيفة ومحمد فإنهما يريان أن القبول لازم لانعقاد الكفالة ، لأنها كسائر العقود لاتتم إلا بإيجاب وقبول ، ولأنها فى معنى التمليك الذى

---

(١) وفى القانون يسقط الدين بالإبراء ، ويرتد برد المدين ، فإن المادة/ ٣٧١ مدنى تنص على "ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختارا ، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده" (نظرية الالتزام د/ سمير تناغو/ ٥٤٣) .

لابد من القبول فيه ، حيث لايدخل شئ فى ملك شخص جبرا عنه وإذا علق الإنسان كفالته بأمر يلائمها فقال الشخص دائن : إن سافر مدينك فلان اليوم ، أو إذا لم يعد من سفره اليوم ، فأنا كفيل بدينك الذى لك عليه ، فإن سفر المدين أو عدم عودته من سفره يصبح شرطا لثبوت الكفالة على القائل، فلا يعتبر كفيلا ملتزما بأداء الدين مالم يتحقق ذلك الشرط الذى شرطه الكفالة [1] .

د- الهبة :

قد يهب شخص بعض مايملك لشخص آخر ، وهذه الهبة تتم متى إلتزم بها الواهب دون حاجة لقبول من الموهوب له ، ولكنه لايتملك ماوهب له إلا بقبضه ، حتى جاز للواهب الرجوع فى هبته قبل القبض .

ولقد جعل زفر - الفقيه الحنفى - قبول الموهوب له شرطا لتمام الهبة ، وحينئذ تكون بالمعنى الخاص ، أى عقدا بين طرفين ، لا مجرد إلتزام من جانب واحد .

هـ- الجعالة :

وهى أن يلزم الإنسان نفسه بأجر أو مكافأة لشخص نظير عمل معين

(١) انظر : الفقه فى ثوبه الجديد . مصطفى الزرقا / ٢٩١ .

يقوم به من غير تحديد وقت إنجاز هذا العمل [1]، كمن يلتزم بمكافأة لمن يرد عليه دابته الشاردة أو متاعه الضائع .

ومثلها من يلزم نفسه بتقديم مكافأة لأوائل الناجحين ، أو جائزة لمن يحرز بطولة فى مجال معين .

وأساس هذه الجعالة قوله تعالى : " قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِ زَعِيمٌ " ففى هذه الآية يتكفل يوسف عليه السلام بإعطاء جائزة عن حمل بعير من القمح لمن يعثر على صواع الملك وهو إناء قيل أنه من الفضة أو من الذهب .

كما جعل الرسول جائزة لمن يقتل قتيلا من المشركين فى غزوة حنين ، حيث قال : "من قتل قتيلا فله سلبه" ، أى له متاعه وأسلحته .

وكما تكون الجعالة لشخص معين ، تكون لأى شخص يقوم بالعمل ، كأن يلتزم قائد الجيش بمبلغ معين من المال أو جزء معين من الغنيمة لأول جندى يقتحم الحصن على الأعداء .

وقد إختلف العلماء فى منع الجعالة أو جوازها ، فقال مالك: يجوز ذلك فى اليسير من الأمور بشرطين : أحدهما أن لا يضرب لذلك أجلا ،

---

(1) د/ مدكور . الفقه الإسلامى / ٤٠٨ ، د/ محمد يوسف موسى . الفقه الإسلامى . مدخل لدراسته / ٣٣٦ .

والثانى أن يكون الثمن أو المكافأة معلومة وقال أبو حنيفة فى أحد قوليه : لايجوز .... لما فيه من غرر [1].

إلتزام الجاعل بإرادته وإستحقاق العامل مكافأته :

يرى بعض الفقهاء أن الجاعل لايلتزم بما قال، وله حق الرجوع فيه ، وحينئذ يستحق العامل أجر المثل عن العمل الذى قام به .

ولايجيز أبوحنيفة عدول الجاعل عن وعده ، لأن فى ذلك غررا ، إلا إذا كان العامل قد تطوع بالعمل دون أن يعلم شيئا عن المكافأة أو الأجر المرصود له ، كمن يرد مالا ضائعا دون أن يعلم بالجائزة المعدة لذلك .

وقد نقل عن الشافعى وعن مالك فى رواية له أن المتطوع لايستحق الجائزة عن تطوعه .

وهكذا نجد كثيرا من التصرفات الشرعية تلزم بإرادة واحدة منفردة ، وتلك التصرفات هى التى لاتنعقد بإيجاب وقبول ، أما ماينعقد بإيجاب وقبول ، فإن الإرادة المنفردة لاتكون محلا للإلتزام فيه .

---

(١) بداية المجتهد جـ ٢ / ٣٠١ .

العقد من جانب شخص واحد[1] :

للعقد آثار يلتزم الموجب ببعضها ، ويلتزم القابل ببعضها الآخر ، فالبائع مثلا يلتزم بتسليم المبيع للمشترى ، والمشترى يلتزم بدفع الثمن للبائع ، وذلك لايحتم أن يكون العقد من طرفين ، حيث لايتصور أن يكون الشخص الواحد مملكا ومتملكا فى عقد واحد وآن واحد .

ولكن قد يتفق صاحبا الإيجاب والقبول على توكيل شخص واحد فى إجراء العقد ، كأن يوكله محمد فى تزويجه من فاطمة ، وتوكله فاطمة فى تزويجها من محمد ، فهو إذن وكيل عن كل من الإيجاب والقبول ، وإرادته المنفردة تعبير عن الإرادتين معا .

وقد يكون وليا على طرف منهما ووكيلا عن الطرف الآخر ، أو قد يكون هو نفسه طرفا أصيلا فى العقد ووليا أو وكيلا عن الطرف الآخر ... وهكذا .

وقد ذهب الشافعى إلى أنه لايصح عقلا ولاشرعا أن يتولى العقد طرف واحد عن الجانبين ، سواء فى ذلك عقد البيع أو عقد الزواج ، إلا فى حالة الجد فقط ، فله أن يزوج حفيديه أحدهما بالآخر ويتولى هو وحده العقد عن الطرفين .

---

(١) د/ محمد يوسف موسى ، الفقه الإسلامى ، مدخل لدراسته /٣٣٩، د/ محمد سلام مدكور، الفقه الإسلامى/ ٤١١ - ٤١٥ .

أما الإمام زفر - من الحنفية فإنه يرى عدم إنعقاد العقد بإرادة واحدة وشخص واحد فى جميع العقود سواء أكانت عقود معاوضات أم عقود زواج .

والأحناف - غير زفر - يرون أن هناك فرقا بين البيع وبين الزواج ، ففى حالة البيع ترجع حقوق العقد وآثاره للعاقد نفسه ، وفى الزواج ترجع هذه الحقوق لصاحب الشأن فى الزواج ، فلايكون من تولى العقد إلا سفيرا له ومعبرا عنه ، ومن ثم فإنه لايصح فى عقد البيع ومثله أن يتولاه عاقد آخر، لأنه من غير المعقول أن يكون شخص واحد مملّكا ومتملكا ومطالِبا ومطالَبا فى آن واحد ، غير أنهم يستثنون من ذلك بعض الحالات مثل بيع الأب أو وصية الجد ، وقد جاء فى "شرح الدر المختار" [1] (وينعقد البيع بلفظ واحد كما فى بيع القاضى والوصى والأب عن طفله وشرائه منه ، فإنه لوفور شفقته جعلت عبارته كعبارتين) .

أما فى الزواج فقد رأينا أن الشخص يصلح أن يعبر عن إثنين بصفتين مختلفتين ، ومن أجل هذا فإنه يجوز أن يتولى العقد شخص واحد عن الطرفين .

---

(1) جـ ٢ / ١٩٣ .

ودليلهم فى ذلك حديث رواه البخارى أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم : أتجعلين أمرك إلى ؟ قالت نعم قال : تزوجتك . فهذا عقد زواج تم بتعبير واحد .

ويستدلون كذلك بمارواه أبو داود فى سننه عن عقبة بن عامر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لرجل : أترضى أن أزوجك فلانة ؟ قال : نعم وقال للمرأة أترضين أن أزوجك فلانا ؟ قالت نعم فزوج أحدهما من صاحبه .

ونرى أن الإستدلال بالحديث الثانى فى غير موضعه ، لأنه لايمثل إنفراد الإرادة بالعقد ، فقد إستأذن الرسول كلا من المرأة والرجل ، وأخذ موافقتهما على الزواج . فهنا إرادتان لا إرادة واحدة ، وكان الرسول سفيرالهما ومعبرا عنهما فقط ، وهذه السفارة - فيمانرى - لاتمثل إنفراد الإرادة فى العقد .

عيوب الإرادة [1] :

المقصود بعيوب الإرادة :

لايكفى أن تكون الإرادة موجودة ، حتى ينعقد العقد صحيحا ، ولكن

---

(١) انظر فى هذ الموضوع / الفقه الإسلامى : مدخل لدراسته . د/ محمد يوسف موسى ٣٩٦ ، الملكية ونظرية العقد ، الشيخ محمد أبو زهرة / ٤٥٣ ، الفقه الإسلامى د/ محمد يسلام مدكور/ ٥٦٩ ، نظرية العقد الموقوف د/ عبد الرازق حسن فرج / ٣٢٧ ، الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد مصطفى الزرقا ٣٣٥ نظرية الإلتزام د/ سمير تناغو / ٥٢ .

لابد أن تكون هذه الإرادة سليمة بعيدة عن كل شائبة وخالية من كل عيب ، ويقصد بعيوب الإرادة مايعتريها من أمور تؤثر فيها ، ومن خلل يجعل العقد معيبا فلايكون له أثره الشرعى المطلوب .

ولهذا فإنه ينبغى أن تفرق بين عيب الإرادة الموجودة فعلا ، وبين الإرادة المعدومة أصلا ، فمايصدر عن الصبى أو المعتوه لايعد صادرا عن إرادة معيبة ، ولكنه صادر عن شخص عديم الأهلية ، وحكمه البطلان ، لكن الإرادة المعيبة هى التى تصدر عن شخص كامل الأهلية ، ومع ذلك فقد إعتراها عيب يضعف من أثرها ويجعل العقد باطلا بطلانا نسبيا .

والعيوب التى تعترى الإرادة أما أن تكون مصاحبة لها منذ نشأتها كما فى حالة الإكراه على التعاقد ، وإما أن تنشأ عن سبب طارئ غير ملحوظ عند التعاقد ، ولكنه يؤدى إلى إخلال فى تنفيذ العقد كما فى حالة تلف بعض السلعة المبيعة قبل تسليمها إلى المشترى ممايؤدى إلى إختلاف رضا المشترى بالباقى وحده بحصته من الثمن .

وسواء أكانت هذه العيوب قد صاحبت الإرادة منذ ولادتها أم ولدت هذه الإرادة سليمة ثم طرأ عليها العيب ... فإنها ترجع فى جميع صورها إلى الأمور الآتية :

١ - الإكراه :

ويقصد به إجبار الإنسان على فعل أمر من الأمور بالتهديد بحيث يفسد إختيار المكره وتنتفى إرادته .

ويشترط الفقهاء فى صورة الإكراه بالتهديد أن يكون القائم به جادا فى تهديده وقادرا على تنفيذه ، وإلا لم يكن هناك رهبة تؤدى إلى وجوده الإكــراه .

ومن هنا يرى أبو حنيفة أن الإكراه لايتحقق إلا من السلطان ، لأنه هو الذى يقدر على تنفيذ تهديده ، حيث هوالذى يملك وسائل التنفيذ وأسباب القوة .

بينما يرى الصاحبان أن الإكراه يتحقق سواء أكان من سلطان أم من غيره مادام هو تهديدا بالإيذاء وقدرة فعلية على إيقاع هذا الإيذاء .

وهذا الإكراه بالنظر إلى شدته ودرجة تأثيره بحسب قوة الوسيلة المرهبة فيه تنقسم إلى قسمين :

أ- الإكراه التام أو الملجئ : وهو الإكراه الشديد الذى يكون فيه التهديدبالقتل أو إتلاف عضو من الأعضاء ، ومن شأنه أن يخرج عن طاقة تحمل الإنسان ، فيضطر إلى فعل أمر المكره عليه خوفا من ضياع نفسه كلها أو ضياع بعض أعضائه أو بعض أهله .

ب- الإكراه الناقص أو غير الملجئ : وهو ما لايؤدى إلى ألم ، أو يؤدى إلى ألم يسير يمكن أن يتحمله الإنسان كالضرب غير المبرح أو التهديد بالنقل أو الحرمان من الترقية إلى غير ذلك .

وعلى أية حال فإن هذا التقسيم نسبى يختلف من فرد إلى فرد بحسب قدرته على مواجهة الإكراه وطاقته على تحمل الأذى ، فمايرهب المريض أو المرأة لايرهب السليم أو الرجل ، وقد تتدخل عوامل أخرى فى تكييف الإكراه، فإن الإنسان يتأثر بمكان إبرام العقد وزمانه ، فالمكان المنعزل عن الناس غير المكان القريب منهم ، وإتمام العقد ليلا قد يختلف عن إتمامه نهارا وهكذا .

وقد يكون الإكراه المعنوى أشد إيذاء لبعض النفوس من الإكراه المادى .

وضابط ذلك كله أن الإنسان إذا أحس بقوة قاهرة تغلبه فتضطره إلى فعل شئ لايريد أن يفعله ، فقد وقع تحت تأثير الإكراه الملجئ .

الآثار المترتبة على الإكراه :

عنى الفقهاء ببيان أحكام تصرفات المكره وعقوده ، ومن هنا نستطيع أن نستنتج أن الإكراه لايزيل أهلية المكره سواء أكان تاما ملجئا أم ناقصا غير ملجى ، ولهذا فإن أفعال المر. توصف أحيانا بأنها فرض أو محظور أو

سماحة ، كما أنه يأثم أحيانا بفعلها ، يؤجر أحيانا على ذلك بحسب ظروف الإكراه وملابساته وإذا كان الإكراه - كما نرى - لايزيل الأهلية عمن وقع عليه ، فإنه يزيل الرضا ، لأن الرضا والإكراه يتنافيان ولايلتقيان في نفس واحدة على أمر واحد .

ولقد سبق أن ذكرنا أن الأحناف يفرقون بين الإختيار والرضا ، ويرون أن الإختيار هو التمكن من ترجيح فعل الشئ أو تركه ، وأن الرضا هو الرغبة فى الفعل والإرتياح إليه ، فمن جند مثلا تجنيدا إجباريا ، غير من تطوع للقتال فى صفوف الفدائيين : فى الأول إختيار وفى الثاني رضا .

وبناء على هذه التفرقة نقول أن الإحناف يرون أن الإكراه الملجئ يزيل الرضا ، ومن باب أولى يزيل الإختيار ، لأن وجود الرضا مبنى أساسا على وجود الإختيار .

أما الإكراه غير الملجى فإنه لايزيل الرضا ، لأن المكره مخير بن أمرين وأن كان كلاهما مرا، أما أن يفعل مايطلب منه بالقوة والإجبار ، وأما أن يمتنع عن الفعل ويتحمل العذاب .

ولقد ذهب زفر - وهو فقيه حنفي - إلى أن الإكراه يجعل العقد موقوفا كعقد الفضولى ، ويتوقف على إجازته بعد زوال الإكراه ، فإن إجازه جاز وإن أبطله بطل . لأن الإكراه إنما يخل بحق المستكره ومصلحته .

فإن الشافعى – كما ذكرنا سابقا – أن الإختيار والرضا متلازمان ، فهما يوجدان معا ويزولان معا كذلك ، أو بالأحرى هما شئ واحد ، وليس هناك معنى لما يقوله الحنفية من أن المكره يختار بين أمرين كلاهما مر ، إذ ليس هنا معنى لجعله مكرها مختارا فى وقت واحد .

.... ونعرض للإجمال السابق ببعض التفصيل على النحو التالى :

لقد تبين أن خلاف الفقهاء على آثر الإكراه كان ناشئا عن خلافهم حول معنى الرضا فى العقود وعلاقته بالاختبار.

وخلافهم كذلك حول مايتوقف عليه انعقاد العقود : هل هو الرضا أم الاختيار ، وأم كلاهما باعتبار ترادفهما .

فالحنيفة قد قسموا التصرفات الشرعية إلى نوعين :

(١) نوع لايحتمل الفسخ ، ومثلوا له بالطلاق والعتاق والرجعة والنكاح .... وغيرها من العقود .

وجعلوا هذا النوع من العقود ينعقد مع الإكراه ، فهو لايؤثر فى صحة العقد ، لأن مثل هذا النوع من العقود ينعقد بمجرد الاختيار ولا يتطلب عنصر الرضا الذى وضعوا له تعريفا خاصا ، والإكراه – عندهم – لاينافى الاختيار ولايؤثر فيه .

(٢) نوع يحتمل الفسخ ، ومثلوا له بالبيع والهبة والإجارة وغيرها .

وقالوا إن هذا النوع من العقود يتأثر بالإكراه ..

وهذه العقود تنعقد فاسدة مع الإكراه ، وذلك لأن الرضا شرط

لصحتها ، فلما فات الرضا فسدت ، وإن كانت منعقدة بأصل الأختيار .

أما جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فإنهم قد ذهبوا إلى بطلان جميع التصرفات الشرعية بالإكراه بغير حق .

سواء أكانت هذه التصرفات قابلة للفسخ أم غير قابلة له واستثنى المالكية من ذلك عقد البيع فقالوا بصحته مع الإكراه على أن يكون للبائع حق الخيار فيي إمضاء البيع أو فسخه [1] .

أدلة كل اتجاه :

استدل الحنفية على مذهبهم فى التصرفات غير القابلة للفسخ مع الإكراه وإنعقادها صحيحه ، مع ترتب آثارها عليها بالأدلة الآتية :

من القرآن : فى وقوع الطلاق صحيحا مع الإكراه بقوله تعالى :

" فطلقوهن لعدتهن " [2] ، وقوله : فإن طلقها فلاتحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره " [3] .

وذلك لأن مثل هاتين الآيتين تفيد بعمومها وقوع الطلاق إذا صدر لفظه ممن له أهلية أداء ، ولو كان ذلك الصدور عن إكراه ، لأن هذه الآيات تخاطب المختار ، وتخاطب من وقع عليه الإكراه ، ولم تفرق بينهما [4] .

---

(١) حاشية الدسوقى ٤ / ٩ .

(١) سورة الطلاق / ١ .

(٢) سورة البقرة / ٢٣٠ .

(٣) أنظر المبسوط للسرخسى ٤٢ / ٦٢ .

وقد يـرد على هـذا الاستـدلال بأن الإكـراه يسقـط الأهليـة ، وبأن المكره على الطلاق لايسمى مطلقا ، ومن ثم فإنه لايدخل فى عموم هاتين الآيتين .

من السنة : فقد روى عن الرسول – صلى الله عليه وسلم – قوله : " كل طلاق جائز إلا طلاق الصبى والمعتوه " (١) ..

فقد قالوا إن هذا الحديث عام فى جواز كل طلاق ماعدا طلاق الصبى والمعتوه .

واقتضى ذلك دخول طلاق المكره فى ذلك الجواز (٢) ..

كما استدلو كذلك على اتجاههم بأدلة من الإجماع والقياس أما الجمهور فقد استدلوا كذلك بأدلة من القرآن والسنة والاثار والقياس – وتذكر بعضها فيما يلى :

من القرآن : فى قوله تعالى : " يأيها الذين آمنوا لايحل لكم أن ترثوا النساء كرها " (٣) .

ووجه الاستشهاد بها أن الله حرم ماكان جاريا من إكراه زوجة المورث على الزواج من أحدهم أو تزويجها للغير .

وفى هذا دلالة على أن النكاح يبطل بالإكراه .

من السنة : بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : " إن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه (٤) .

---

(١) السنن الكبرى للبيهقى ٧ / ٣٥٩ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع للكاسانى ٧ / ٢٦٨ .

(٣) سورة النساء / ١٩ .

(٤) سنن ابن ماجة . باب طلاق المكره جـ ٦٥٩/١ .

ووجه الاستشهاد بهذا الحديث أن الله قد تجاوز عن محاسبة الناس على تصرفاتهم الناشئة عن الإكراه ، سواء أكانت هذه التصرفات أقوالا أم أفعالاً .

وواضح أن التجاوز لايكون على (الاستكراه) نفسه ، ولكن على الآثر المترتب على هذا الاستكراه .

كما استدلوا كذلك بقول الرسول : " لاطلاق فى إغلاق " (٢)

والمراد بالإغلاق فى الحديث هو الإكراه ، ويكون معنى الحديث أن طلاق المكره غير واقع ..

وأرى أن اتجاه الجمهور – فى هذه الجزئية – أكثر موضوعية من إتجاه الحنفية ، إذ أن الإكراه يعدم حريه الإنسان وإختياره ، وإذا كان الإسلام قد تجاوز عن كلمة الكفر عند الإكراه : " من كفر بالله من بعد إيمانه .. إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان " ، فأولى من ذلك أن يتجاوز عن المكره فى إنشاء العقود .

ثمرة هذا الخلاف :

نتيجة لهذا الخلاف فإن الحنفية يرون أن المكره إكراها غير ملجئ يعتبر مختارا إذا أقدم على ما أريد منه فعله من تصرف أو عقد وإن كان غير راض ، وإن هناك من العقود ما لايفسده فقدان عنصر الرضا مادام قد تحقق له الإختيار كما فى الزواج والطلاق والعتق ، فالمرء قد يقدم على الزواج

---

(٢) سنن أبى داود . جـ ٢ /٢٣١ .

بإحدى قريباته لارغبة فيها ، ولكن خضوعا لتقاليد أسرته فهو هنا مختار ولكنه غير راض ، ولكن زواجه صحيح .

بينما يرى الشافعى أن الإكراه يذهب بالرضا والإختيار معا ، إذ الرضا والإختيار متلازمان ، ومالم يتحقق الرضا لايتحقق الإختيار ، ومن ثم فإنه يذهب إلى أن أى عقد لاينعقد مع حالة إكراه العاقد عليه ، ومعنى هذا أن كل تصرف أو عقد صدر من المكره سواء أكان من قبيل البيع أو الزواج ، لاقيمة له ، ولايعتبره المشرع منعقدا .

وإذا كان الله سبحانه قد أسقط أحكام الكفر عن المكره حيث قال : " مَن كَفَرَ بِاللَّهِ مِن بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ " فقد سقطت أحكام الإكراه عن أقواله كلها (لأن الأعظم إذا سقط عن الناس سقط ما هو أصغر منه) [1]، وقد قال ابن عباس : ليس على المكره ولا المضطهد طلاق .

أما بالنسبة لعقود البيع والشراء والإجارة وما إليها فقدإتفق الفقهاء على أنها لاتكون صحيحة نافذة مع الإكراه ، ولافرق هنا بين الإكراه التام والملجئ ، ولكنهم - فقط - يختلفون حول تسمية هذه العقود التى وقعت مع الإكراه : فالشافعى وبعض الفقهاء يقولون بفساد العقد أو بطلانه ، لأنه لافرق عندهم بين العقد الفاسد والعقد الباطل .

(١) أعلام الموقعين جـ ٤ / فصل طلاق المكره / ٥١ .

وأبو حنيفه وصاحباه يقولون بفساد العقد ، ولكن إذا حصل الرضا بعد

زوال الإكراه فإنه يصير صحيحا .

وقد ذكرنا أن زفر يقول بوقف العقد حتى يجيزه العاقد المكره بعد زوال

الإكراه .

وتظهر نتيجة الخلاف بين زفر من ناحية وبين أبى حنيفة والصاحبين من

ناحية أخرى فى الصورة الآتية :

إذا باع شخص شيئا تحت تأثير الإكراه فإن هذا الشئ لايدخل فى

ملكية المشترى – فى رأى زفر – لأن العقد الموقوف لاتترتب عليه أحكام .

بينما أبو حنيفة وصاحباه وإن كانوا يقولون بفساد البيع فهم يرون بأنه

يترتب عليه إنتقال الملكية من البائع إلى المشترى إذا حصل معه القبض ، لأن

ركن العقد قائم لاخلل فيه ، حيث صدر عن أهله مضافا إلى محل قابل

لحكمه ، والرضا أمر يتعلق بالعاقد المكره ، فإذا ثبت الرضا بعد زوال

الإكراه، فقد سلم العقد من الخلل وبهذا يصير صحيحا .

٢– الغلط :

ويقصد به توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع ، فيحمله ذلك على

إبرام عقد لم يكن ليقدم على إبرامه لولا هذا الوهم .

والغلط قد يكون فى جنس المعقود عليه أو فى وصفه .

فالأول : كمن يشترى قماشا يظنه صوفا خالصا ، فيكتشف أنه

صوف مخلوط بالقطن .

والثانى : كمن يشترى ساعة وهو يظن أنها من ماركة معينة فيظهر له أنها غير ذلك .

وبناء على التفرقة بين جنس المحل ووصفه ، فقد عنى الفقهاء بإعطاء كل حالة مايناسبها :

أ- فإذا كان الغلط فى الجنس جسيما أو جوهريا ، كان العقد باطلا من أساسه، فمن اشترى خاتما على أنه من الماس ، ثم ظهر أنه من الزجاج فإن الغلط هنا غلط جوهرى ، لأن الماس جنس يخالف الزجاج ، ويكون عقد البيع - فى هذه الحالة - باطلا ، لأنه بمثابة العقد على معدوم .

ب- أما إذا كام الغلط فى الوصف فإن الخسارة تكون أقل ، كمن إشترى حيوانا على أنه ذكر وظهر له أنه أنثى ،فإن العقد يكون صحيحا ولكنه غير لازم ، بمعنى أن للمشترى حق فسخه مادام من العقود التى تقبل الفسخ كالبيع ونحوه ، أما ما لايقبل الفسخ كالزواج فإنه يقع لازما .

ومع ذلك فإن ابن حنبل يجيز الفسخ ، فمن تزوج فتاة على أنها متعلمة فظهرت أنها جاهلة ، أو هى تزوجته على أنه متعلم فظهر جاهلا ... فإن فسخ الزواج من حق المخدوع .

ولايشترط دائما أن ينص فى العقد على ماينفى الغلط أو العيب من

المعقود عليه ، فهناك من الأوصاف مايعتبر مشروطا وإن لم ينص عليه ، فمن حق المشترى مثلا أن يتوقع خلو المبيع من العيوب ، ومن واجب البائع أن يعرض سلعته كذلك (إلا إذا إتفقا على البيع مع معرفة العيب) ، فإذا ظهر فى المبيع عيب كان المشترى لايعرفه فله حق الرد ، ولايعد ذلك مفاجأة للبائع [1] .

٣- التدليس :

هو أن يخدع أحد العاقدين الآخر ، فيخفى عنه عيبا فى الشئ الموجود عليه ليظهر فى صورة غير صورته الحقيقية .

وأصل الفكرة الفقهية حول التدليس هو قول الرسول صلى الله عليه وسلم "إذا بايعت فقل : لاخلابة [2] ، ولى الخيار ثلاثة أيام" . وهذا الحديث

---

(١) مادة / ١٢٣ . وقد نص المشرع فى القانون المدنى المصرى على حكم الغلط فى المادة ١٢٠ منه فقال : (إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه) .
ومعنى هذا أن الغلط - فى القانون - لايعد من عيوب الإرادة إلا إذا كان جوهريا أى يتعلق بصفة جوهرية فى الشئ أو بشخص المتعاقد أو بغير ذلك .
كما نص القانون أيضا على عدم وجوب التمسك بالغلط إذا ظهر ، لأن هذا التمسك يتعارض مع مايقضى به حسن النية ، وطبقا لذلك فإن الغلط إذا كان يؤدى إلى إبطال العقد ، فإن حسن النية يقتضى عدم التمسك به ، وجدير بالذكر أنه "لايؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ، ولاغلطات القلم" ، ولكن يجب تصحيح الغلط .

(٢) الخلابة : الخداع .

يقتضى ، أمرين : الأول أنه يمنع الخداع عن كل صور البيع . الثانى : أنه يجعل للمشترى حق الاختيار والتروى لمدة ثلاثة أيام .

وصور التدليس كثيرة فى الحياة ، وهى تتمثل فى إخفاء بعض التجار لعيب السلع التى يعرضونها للبيع بحيل مختلفة تخفى على المستهلكين كطلاء خشب الأثاث بألوان تخفى بعض عيوبه ، وإطعام الحيوان وسقيه قبيل عرضه للبيع لزيادة وزنه وهكذا .

ولقد حذر الرسول من اللجوء إلى هذه الحيل بقوله : لاتصروا [(1)] الإبل والغنم فمن إبتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها : إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعا من تمر .

وهذا الحديث أيضا يخير المشترى بين أمرين : أن يرضى بهذه الناقة بعد حلبها ، أو أن يردها ويدفع تعويضا عن اللبن الذى أخذه منها ، وهو يدل على أن الصاع من التمر فى مقابلة اللبن ، وأنه أخذ قسطا من الثمن ، وفى قول : أن النص على صاع من التمر دليل على عدم جواز رد اللبن بحالة للبائع .

والحنابلة والشافعية والمالكية يتمسكون بهذا الحديث فيقررون حق المشترى فى فسخ البيع .

(1) تصرية الإبل : حبس اللبن فى الثدى مدة من الزمن لتظهر الناقة للمشترى أنها غزيرة اللبن .

وعند الأحناف أن التدليس لايجعل للمشترى الحق فى فسخ عقد البيع، بل له فقط أن يرجع بالنقصان الذى أصاب ما اشتراه ومن هنا رأوا بأن التصرية ليست عيبا للإتفاق على أن الإنسان إذا إشترى شاة فخرج لبنها قليلا أن ذلك ليس بعيب

وخلاصة هذه الإتجاهات :

- أن المشترى يرد قيمة اللبن (عند أبى يوسف) .
- وأن يرجع على البائع بالنقصان (عند أبى حنيفة) .
- وأن يرد الناقة مع اللبن إن كان قائما ، أو مع قيمته إن كان هالكا (عند الحنابلة والشافعية والمالكية) [1] .

الغلط والتدليس فى القانون :

القانون لايعد التدليس عيبا مستقلا من عيوب الإرادة ، ولكنه يؤدى إلى وقوع المتعاقد فى الغلط ، فيبطل العقد للغلط لا للتدليس .

---

(١) انظر التفصيل فى : أعلام الموقعين جـ٢ / ٣٨ ، نيل الأوطار جـ٦ /٣٧٢ ، بداية المجتهد جـ٢ / ٢٢٣ .

ولقد نص القانون على بطلان العقد للتدليس فى المادة ١٢٥ بقوله :

١- يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد .

٢- ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ماكان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة .

ولقد كان من الممكن - بناء على ذلك - **الإستغناء** عن النص على التدليس كعيب من عيوب الإرادة ، ولكن المشرع المصرى إستبقاه لما يأتى :

١- من السهل إثبات التدليس لأنه بوقائع خارجية ظاهرة ، بينما الغلط الذى لايرجع إلى تدليس يكون فى الغالب كامنا فى النفس ، وهو مايصعب إثباته فى الكثير من الأحيان .

٢- إذا وجد التدليس فإن للمتعاقد الآخر حق طلب التعويض للمسئولية عن العمل غير المشروع بجانب حقه فى طلب إبطال العقد ، وطلب التعويض لامحل له فى الغلط إذا كان المتعاقد الآخر لم يرتكب أى خطأ من جانبه .

وهذا يشبه تفريق الشريعة الإسلامية بين مايشوب التصرفات نتيجة الخطأ ، ومايشوبها نتيجة العمد ، حيث يقول الله تعالى : "**وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم... وكان الله غفورا رحيما**" .

٤- الغبن والتغرير :

الغبن هو النقص ، والمراد به أن يكون أحد العوضين مقابلا بأقل من قيمته فى الأسواق ، فإذا باع رجل سلعة بخمسين مع أن قيمتها سبعون ،أو

إشتراها بثمانين وقيمتها على ماذكرنا .. فهو مغبون .

أما التغرير فهو إغراء العاقد على عقد صفقة يظن أنها مناسبة لما دفعه فيها من ثمن ، والواقع غير ذلك ، ويقع هذا التغرير نتيجة إعلانات كاذبة أو وساطة مضللة .

الغبن اليسير والغبن الفاحش :

يعد الغبن يسيرا إذا إختلف أهل الخبرة فى ثمن المعقود عليه ، فمن اشترى سيارة بألف جنيه ، ثم عرضها على الخبراء ليقدروا ثمنها ، فقدرها أحدهم بـ ٨٠٠ جنيه ، والآخر بـ ٩٠٠ جنيه والثالث بـ ١٠٠٠ جنيه ، فالغبن هنا غبن يسير ، لأن الثمن محل خلاف بين أهل الخبرة أنفسهم .

أما إذا إتفقوا جميعا على أن السيارة لاتستحق أكثر من ٧٠٠ جنيه مثلا ، فالغبن هنا فاحش .

أثر الغبن والتغرير على العقود :

لايعد كل من الغبن والتغرير على حدة عيبا من عيوب الإرادة إلا إذا إجتمعا فترتب على إجتماعها غبن فاحش .

أما الغبن اليسير فإنه يغتفر فى العقود كلها لأنه كثير الوقوع سهل الإحتمال

ولكن فقهاء الحنفية قد استثنوا من ذلك بعض مسائل منها ما إذا باع المريض مرض الموت بعض تركته التى استغرقتها الديون ، وكان البيع بغبن يسير ، فإن للدائنين بعد وفاته أن يفسخوا البيع . إلا أن يزيد المشترى مقدارا من المال يدفع الغبن ، ذلك لأن حق الدائنين متعلق بمالية المريض وتركته .

هذا إذا كان الغبن يسيرا ، أما فى حالة الغبن الفاحش ، فإنه يؤثر فى العقود التى يكون موضوعها الوقف أو أموال المحجور عليهم أو أموال بيت المال ، لأن التصرف فى هذه الأموال يجب أن يكون فى دائرة المصلحة التى لاتتحقق مع وقوع الغبن الفاحش

وفيما عدا هذه الأموال المذكورة فإن هناك إتجاهات فقهية حول العقود مع الغبن الفاحش نجملها فيمايلى :

- قال بعض الفقهاء : أن المغبون لا حق له فى فسخ العقد ، حتى لاتفتح بابا لكل عاقد أن يدعى الغبن فيما لايرغب فيه من العقود ، فهو إن كان قد عرف وسكت عنه فقد رضى به ، وإن لم يعرفه فقد قصر فى حق نفسه ، وهو الذى يتحمل نتيجة تقصيره .

- وقال بعض آخر : أن الغبن ظلم ، ومن حق المغبون أن يرفع الظلم عن

نفسه ، ومن ثم فإنه يجب فسخ العقود المرتبطة بالغبن الذى يتنافى مع الرضا ، والرضا أساس فى صحة العقود .

- وقد توسط بعض الفقهاء بين الرأيين السابقين فقالوا : إذا وقع الغبن نتيجة تغرير العاقد الآخر وتضليله ، فهو غش وخداع يسوغ للمغبون أن يفسخ العقد ، وأن يبينه بعد ذلك على رضا جديد إذا شاء [1] .

(١) وهذا مايشير إليه القانون فى المادة ١٢٩ التى تقرر أنه : إذا كانت إلتزامات أحدالمتعاقدين لاتتعادل البتة مع ماحصل عليه هذا التعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد إستغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص إلتزامات هذا المتعاقد .

وإبطال العقد حينئذ يعتمد على عنصرين : عنصر موضوعى ، هو الغبن ، وعنصر نفسى هو الإستغلال .

٥ - الجنون :

يعرف الجنون - في الاصطلاح - بأنه (اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا) [١] .

والجنون من شأنه أن يعدم الرضا والاختيار ، فلاقصد ولا اختيار للمجنون في أقواله وأفعاله .

وقد قسموا الجنون إلى قسمين :

جنون أصلي : وهو الجنون الذي يولد بعض الناس به ، فلا يصلحون لقبول ما أعد لقبوله من العقد ، وهذا النوع لايرجى لصاحبه الشفاء منه .

جنون عارض : وهو الجنون الطارىء الذي يفاجئ بعض الناس بعد أن بلغوا عقلاء .

وهذا النوع يمكن علاجه ويرجى لصاحبه الشفاء منه .

ولكنه - بنوعيه - يعد عيبا من عيوب الإدارة ، ولايترتب على تصرف الموصوف به أثر شرعي أو قانوني .

٦ - النوم - الإغماء - السكر :

فالنوم يعد من الأسباب المؤدية لزوال الرضا . وهو يفقد النائم أهلية الأداء لغياب العقل والتمييز ، كما أنه لاقصد له ولا اختيار في

---

(١) التعريفات للجرجاني / ١٠٧ .

الأقوال الخارجه عنه ..

ومن ثم فقد فقدت شروط تحقق الرضا فى صيغة العقد والعاقد ، وبناء على ذلك فإن تصرفات النائم وجميع وأقواله لا اعتبار لها .

والإغماء كذلك بعد من الأسباب المزيلة للرضا كالجنون والنوم ، وقد انتقلت عن المغمى عليه أهليته لغياب وعيه فى هذه الحالة .

ولا تصح تصرفاته ، ولاتعتبر أقواله ..

كما أن رضاه معدوم لعدم تحقيق شروط توافره الصيغة والعاقد ومن ثم فلاتصح تصرفاته (١) .

أما السكر فإن الفقهاء قد ذهبوا إلى أنه يحصل بطرقين :

طريق مباح : كالسكر الذى يحدث بشرب الدواء ، أو السكر الذى يحصل بالاضطرار كشرب الخمر عند الضرورة " ... فمن اضطُرَّ فى مَخْمَصةٍ غيرَ مُتَجَانِفٍ لإثْمٍ فإن اللهَ غفورٌ رحيم " .

ولاخلاف بين الفقهاء فى أن السكر الحاصل بطريق مباح لايترتب عليه أثر شرعى فى التصرفات والأقوال (٢) .

طريق محرم : وهو السكر الذى يكون نتيجة لتعمد الإنسان وعلمه بأنه يشرب خمرا مسكرا .

---

(١) شرح التلويح على التوضيح جـ ١ ٢ / ٣٥٥ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٤ / ٤٤٦ .

وقد ذهب الحنفية والمالكية والشافعية ورواية عن الامام أحمد إلى أن تصرفات السكران عن طريق محرم صحيحة ونافذة .

ولايعد هذا الاتجاه اعتبارا لتصرفات السكران بقدر ماهو عقاب له على إقدامه على شرب المحرم .

وفى ذلك يقول الشافعى : المغلوب على عقله من غير معصية مثاب ، فكيف يقاس من عليه العقاب على من له الثواب [1] ؟!

ولكننا نرى أن تصحيح تصرفات السكران وأقواله يتضمن عقوبتين على جريمة واحدة : فإن هذه التصرفات لاتقتصر عليه ، بل تتعداه إلى غيره ، وتسرى عليهم أحكام العقود التى عقدها حال سكره .

كما أن على السكران عقوبة محددة نتيجة سكره .. فلانجمع عليه عقوبتين .

ولقد روى أن ماعزا حين ذهب إلى الرسول صلى الله عليه وسلم معترفا بجريمة الزنى ، أمر الرسول بشمّه على احتمال اعترافه تحت وطأة السكر ، مما يدل على أنه لو كان كذلك لما طبق عليه الحد ، ولما حاسبه على تصرفه ..

والإ فلا يكون للأمر بشمه فائدة :

كما روى أن حمزة شرب الخمر – قبل تحريمها – فقال مثل قوله : " هل أنتم إلاعبيد أبى " ؟

---

(١) مختصر المزنى مع الأم للشافعى ٩ / ٢٠٨ .

فعرف النبى أنه سكران ، فلم يلزمه حكم تلك الكلمة ، مع أنه لوقالها واعيا لكان كافرا .

وقد قال الحافظ بن حجر [1] عن هذا الحديث : (هو من أقوى الأدلة لمن لم يؤاخذ السكران بما يقع منه حال سكره) .

وقال ابن القيم [2] (والصحيح أنه لاعبرة بأقوال السكران من طلاق أو عتاق أو بيع أو هبة أو وقف أو إسلام أو ردة أو إقرار) .

أثر السكر على عقد البيع (دارسة تطبيقية) :

ذكرنا أن الفقهاء قد فرقوا بين السكر بطريق محرم ، وبينه بطريق مباح ..

وقد اتفقوا على إهدار تصرفات السكر وأقواله بطريق مباح ، واختلفوا فى اعتبار هذه التصرفات إذا كان السكر بطريق محرم .

وبناء على ذلك فإنهم قد اتفقوا على بطلان عقد البيع فى الحالة الأولى .

أما سكر العاقد بطريق حرام فقد ذهب الحنفية والمالكية والشافعية فى قول والأمام أحمد فى إحدى الروايات عنه إلى أن السكران بشراب

---

(١) فتح البارى شرح صحيح البخارى ٩ / ٣٨٨ .

(٢) إعلام الموقعين ٣ / ٣٨ .

محرم صحيح ونافذ ، وحجتهم فى ذلك أن هذا السكران قد تعدى فى سكره ، بارتكاب المحرم ، فنفاذ عقده بعد زجرا له وعقوبة على معصيته .

وواضح – كما ذكرنا سابقا – أن تصحيح عقده لايرجع إلى اعتقادهم بكمال أهليته ، وإنما كان هذا التصحيح من باب الزجر والعقوبة ..

وقد ذهب بعض أصحاب المذاهب السابقة إلى أن عقد بيع السكران بشرب المحرم عقد باطل ، وذلك لانعدام العقل والتمييز لدى السكران بغض النظر عن طريق السكر ..

وهؤلاء قد نظروا إلى كون الرضا المطلوب تحققه فى ركن العاقد قد زال بسبب زوال أهليته ، ومن ثم فقد بطل العقد نفسه .

وقد رجحنا سابقا إبطال تصرفات السكران ، ويترتب على ذلك إبطال مايبرمه من عقود منها عقد البيع .

فيبطل بيعه وشراؤه لأن الرضا قد زال فى حالة السكر وصحة البيع متعلقة بوجود الرضا بغض النظر عن سبب السكر ..

كما يترتب على السكر فى عقد البيع إختلال ركنين هما الصيغة التى يجب أن يتوافر فيها القصد والنية وهما غير متحققين فى السكران .. كما يختل ركن الأهلية فى العاقد ، وهى شرط فى تحقيق الرضا..

ولقد ذكرنا أن أثر السكر لاتقتصر على السكران وحده ، ولكنه يتعداه إلى غيره ..

فالسكران إذا باع أو اشترى فسيبيع ويشترى بغبن لايعود عليه وحده ولكنه يتعكس على ذريته وعلى ورثته من بعده .

والغبن – كما بينا – عيب من عيوب الإدارة .

الفصل الرابع
أقسام العقد وخياراته

المبحث الأول : أقسام العقد

المبحث الثاني : خيارات العقد

الفصل الرابع

أقسام العقد ، وخياراته [1]

المبحث الأول : أقسام العقد

يطلق الفقهاء أوصافا على بعض العقود من حيث الحكم عليها بالحل والحرمة فهم يصفون بعض العقود بأنها محرمة كالربا ، أو بأنها مباحة كالبيع ، أو بأنها واجبة كالزواج فى بعض الأحوال وهكذا

غير أن دراستنا فى أقسام العقد لاتتعرض لهذه النواحى التى ترجع إلى نية العاقد والحكم الشرعى المترتب على هذه النية ، ولكننا نتعرض لدراسة أقسام العقد من النواحى الآتية :

أولا : العقد بحسب وصفه :

يقصد بوصف العقد النتيجة المترتبة على إقرار الشارع له حيث تترتب الأحكام والآثار ، أو عدم إقراره حيث لاتترتب أحكام ولاتثبت آثار ، وإذا أقر الشارع العقد فهو عقد صحيح ، ويكون كذلك متى صدر عن أهله ، وكان محله قابلا له ، ولم يعرض له وصف يجعله منهيا عنه شرعا ، فإذا لم

---

(١) انظر الفقه الإسلامى. مدخل لدراسته . د/ محمد يوسف موسى / ٣١ ، الملكية ونظرية العقد. الشيخ محمد أبو زهرة / ٤٠٩ ، الفقه الإسلامى . د/ محمد سلام مدكور ٥٠٧ الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ، د/ مصطفى الزرقا / ٥٨٥ ، العقد الموقوف د/ عبد الرازق حسن فرج / ١٨ .

تتوافر فيه هذه الصفات فهو العقد غير الصحيح كأن يكون أحد العاقدين غير أهل للعقد ، أو يكون محل العقد غير متقوم كالخمر والخنزير .

أقسام العقد غير الصحيح :

ليس هناك خلاف بين الفقهاء فى تقسيم العقود إلى هذين القسمين الكبيرين (الصحيح وغير الصحيح) ، ولكن الخلاف يتضح حول العقد غير الصحيح ويتبلور فيما يأتى :

يقسم الحنفية العقد غير الصحيح إلى فاسد وباطل ، ويجعلون هذين القسمين مقابلين للعقد الصحيح ، وتقسيمهم يقوم على أساس أن الشارع قد ينهى عن بعض العقود لسبب متعلق بأصل من أصولها كالعاقدين أو محل العقد ، ويكون هذا العقد باطلا لأن الخلل قد أصاب أحد أركانه .

وقد يكون أصل العقد صحيحا لكن لحقه وصف ينهى عنه الشارع ويخرج عن مشروعيته ، أى أن النهى - حينئذ - لاينصب على العقد ذاته ، ولكنه ينصب على وصف فيه ، فإذا نهى مثلا عن إجراء العقد وقت صلاة الجمعة [1] ، فإن النهى يكون متجها إلى إتمام العقد فى هذا الوقت فقط ، أما العقد ذاته فأركانه صحيحة ، ومن ثم فهو منعقد إلا أنه يجب فسخه

---

(١) يقول الله تعالى : "يأيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع .

حتى تزول الصفة التى ورد النهى من أجلها ، ومثل هذا العقد يسمى عند الحنفية فاسدا .

وإذن فالعقد غير الصحيح عند الحنفية أما فاسد أو باطل : الفاسد هو الذى وجدت أركانه ومحله وتحقق معناه ووجد القصد إليه ، لكن اتصل بالعقد وصف منهى عنه شرعا .

أما الباطل فهو ماليس مشروعا لا بأصله ولا بوصفه ، ومن ثم فهو لايكون منعقدا فعلا وإن وجدت صورته فى الخارج ، ولايرتب الشارع عليه أى حكم أو أثر ، إذا لايعتبره موجودا بأى حال .

وإذا كان الأحناف يفرقون بين العقد الفاسد والعقد الباطل فى ضروب كثيرة من المعاملات ، فإنهم لايفعلون ذلك فى الزواج ، فلافرق عندهم بين عقد الزواج الفاسد والعقد الباطل ، وذلك لجلال عقد الزواج وخطره وقداسة العلاقة التى ينشئها بين الزوجين .

وكذا العقود فى سائر العبادات لاتكون إلا صحيحة أو باطلة ، والفاسد منها مايكون مرادفا للباطل ، لأن العبادات قربات خالصة ، وفعل الشئ مع نهى الشارع عنه عصيان ، ولايتصورإجتماع نية القربان مع نية العصيان .

[illegible] الأسباب ، فإنهم لم يفرقوا بين الفاسد والباطل من العقود بل عدوا الفاسد والباطل قسما واحدا لاينعقد به عقد ولايترتب عليه آثار ، سواء أكان الخلل في ركن من أركانه أم فى وصف اتصل به فأخرجه عن مشروعيته .

ومادام الشارع قد نهى لأى سبب من الأسباب فإن ذلك يعنى عدم إعتباره ، وحينئذ فليس لذلك العقد من أثر ، بل كأنه لم ينعقد أصلا ، ويكون فاسدا أو باطلا بمعنى واحد ، فعقد المجنون والصبى مميزا أو غير مميز والفضولى كلها سواء. وجعل الخمر محلا للعقد كجعله ثمنا لسلعة بالنسبة للمسلم ، وهكذا كل العقود التى إعترضها مايخرجها عن مشروعيتها ، فهى لاتنعقد عند الجمهور لافرق بين فاسد منها وباطل .

ولقد كان أساس الخلاف - حول هذه النقطة - بين الحنفية والجمهور ، هو أن الحنفية قد فرقوا بين نهى الشارع عن إجراء عقد لخلل أصاب أصله وأركانه ، وبين نهيه عن عقد لخلل أصاب وصفا فيه ، فجعلوا الأول نهيا يفيد حرمة إجراء العقد وبطلانه ، وجعلوا الثانى نهيا يفيد صحة العقد مع كراهته وترتب العقاب على عاقده . ومن ذلك نهى الرسول عن بيع الرجل

على بيع أخيه أو خطبته على خطبته ، فالعقد مع هذا النهى - صحيح قد إستوفى أركانه ، ولكن العاقد قد يبوء بإثمه وعقابه .

أما الجمهور فقد فسروا النهى تفسيرا واحدا ، وصرفوه إلى تحريم العقد ، وذا خالف الشخص أمر الشارع وأقدم على عقد منهى عنه فلا إعتداد بفعله ولا أثر لعبارته ، لأن الحرام لايصلح سببا لثبوت الملك ، فكل من العقد الباطل والفاسد منهى عنه شرعا ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : "كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد ، من أدخل من ديننا ما ليس منه فهو رد" .

ولقد إتجه الدكتور السنهورى وجهة الحنفية حيث يقول [1] :

(فإيجاد مرتبة من البطلان هى مرتبة العقد الفاسد متميزة كل التميز عن مرتبة العقد الباطل هو فى ذاته كسب كبير فى الصناعة الفقهية ، ولم تتابع المذاهب الأخرى للفقه الحنفى فى تمييز العقد الفاسد عن العقد الباطل ، بل خلطت بين النوعين ، فأصبح الغرر والربا والشروط كلها أسبابا لبطلان العقد ، ويتميز فى البطلان عقد باشره مجنون وعقد اقترن بشرط نافع لأحد العاقدين) .

---

(١) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى جـ٢ / ٣٠٠ . ط سنة ١٩٥٧ .

أقسام العقد الصحيح :

اتفق الفقهاء على أن العقد الصحيح هو الذى أقره الشارع ورتب آثاره عليه ، حيث تكون أركانه سالمة بعيدة عن الخلل ، وكذلك أوصافه ، والأحناف يعرفونه فيقولون : أنه ماشرع بأصله ووصفه وهو بناء على هذا الفهم - ينقسم إلى نافذ فى الحال أو موقوف ، والنافذ إما لازم أو غير لازم.

العقد النافذ :

وهو الذى استوفى جميع أركانه وشروطه ، ولم يرد عليه أو على وصفه نهى يخرجه عن مشروعيته ، ومتى كان كذلك فإنه لازم يجب الوفاء به مصداقا لقوله تعالى : "**يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**" .

والعقد اللازم :

ماليس لأحدعاقديه حق فسخه دون رضا العاقد الاخر كالبيع والإجارة وغيرهما ، والعقوداللازمة التى لاتقبل النسخ لاتدخلها الخيارات ، لأن الخيار معناه أن يكون لأحدالعاقدين الحق فى فسخ العقد ، وذلك ينافى طبيعة هذه العقود، ولأن الخيار من شأنه أن يجعل أحدالعاقدين غير ملزم بإلتزامات العقد .

والعقد غير اللازم :

هو مايكون لكل من طرفيه أو لأحدهما دون الآخر فسخه ، كالكفالة التي يكون للمكفول له لا الكفيل حق فسخها ، وكالزواج الذي يكون للزوج لا للمرأة - حق فسخه بالطلاق [1]، ويسميه غير الحنفيه "العقد الجائز" ، ومن هذاالقبيل أيضا عقد الطلاق الرجعى بالنسبة للمطلق فإنه يملك إنهاء أثره بالرجعة بينما الزوجة والمطلقة رجعيا يكون العقد لازما بالنسبة لها .

والعقد الموقوف :

هو الذي لاينفذ مباشرة ، وإنما يتوقف نفاذه على إجازة صاحب الشأن كعقد الفضولي الذي يتوقف - مع صحته - وإعتبار الشارع له على إجازة صاحب الشأن ، وكبيع المرهون إذا تعلق به حق الغير وإلى هذا مادهب الحنفية والمالكية ، أما الشافعية والحنابلة فقد إتجهوا إلى إعتبار العقد الموقوف باطلا ، وذلك لأن ولاية العاقد على العقد شرط للإنعقاد .

ولقد أورد أبو حنيفة تفصيلا لهذا العقد حيث قال : يجوز البيع في العقد الموقوف ولا يجوز الشراء ، والفرق بين البيع والشراء أن البيع إخراج عن ملك المالك ، وللمالك الحق في إستبقاء ملكه ، فإذا أجاز فقد أسقط حقه بخلاف الشراء فإنه إثبات الملك فلابد من تولى المالك لذلك [2] .

---

(١) إلا إذا شرطت المرأة أن يكون أمرها بيدها .

(٢) انظر : سبل السلام جـ٣ / ٨٣٣ .

[illegible]

قد يترتب على إنعقاد [illegible] فورى ينفذ مباشرة بعد توقيع العقد ، وقد يتراخى هذا الأثر مدة تطول أو تقصر ، والفورية أو التراخى هنا قد ترجع إلى طبيعة العقد ذاته ، فالزواج والهبة والفرض من العقود التى لاتقبل - بطبيعتها - إرجاء حكمها وأثرها إلى زمن آخر ، كما لاتقبل التعليق على إشتراط حدوث شئ غير موجود وقت التعاقد .

بينما عقد الوصية لايظهره أثره فى الحال ، ولكنه يظهر عقب وفاة الموصى .

وقد ترجع فورية الأثر أو تراخيه إلى صيغة فى العقد على وقت معين أو تعلق شرطا يتحقق الأثر بتحققه .

والعقد على هذا الإعتبار ينقسم إلى : عقد منجز ، أو مضاف إلى المستقبل ، أو معلق على شرط من الشروط .

العقد المنجز :

هو الذى تكفى فيه صيغة الإيجاب والقبول لترتب آثاره عليه فى الحال ، ففى البيع مثلا تنتقل ملكية المبيع من البائع إلى المشترى بمجرد صدور الإيجاب والقبول ، وفى عقد التبرعات كالهبة والصدقة ينتقل

الموهوب إلى ملكية الموهوب له بالقبض فعلا بعد صدور صيغة الهبة ، حيث لا تكفى الصيغة وحدها لترتب الأثر .

والأصل فى العقود كلها أن تكون منجزة ، لأن العاقد لايقصد من عقده إلا الأثر المترتب عليه ، غير أن عقد الوصية لايكون مضافا إلى مابعد موت الموصى حتى وإن لم ينص ذلك صراحة فى العقد .

العقد المضاف إلى المستقبل :

هو مالاينفذ بعد إستكماله ، وإنما يعلق التنفيذ على وقت معين ، ولايتحقق حكمه قبل الزمن الذي أضيف إليه ، كمن يكتب عقد إيجار على مسكن يتسلمه بعد سنة مثلا ، أو من يحجز فى طائرة أو باخرة بعد شهر أو أسبوع ، وهذا النوع من العقود يصح ويترتب آثارد عليه بعد الزمن المنصوص عليه فى العقد .

وإذا كان هناك من العقود ما لايقبل إضافة إلى المستقبل بل لابد أن يكون منجزا كعقود البيع والزواج والصلح على مال والإبراء من الدين .

فهذه العقود قد جعلها الشارع لتفيد آثارها فى الحال ، وتأخيرها ينافى أصل وضعها الشرعى .

ومنها ما لايكون إلا مضافا إلى المستقبل كعقد الوصية ، فإن هناك من العقود عقودا مرنة تقبل الإضافة وعدمها بحسب صيغة العاقد ورغبته كعقود الإجارة والمزارعة والإستصناع ، لأن هذه العقود إن أفادت التمليك ، فإن هذا التمليك لايتم دفعة واحدة بل يتجدد ساعة بعد ساعة .

العقد المعلق على شرط :

لايعتبر هذا العقد موجودا فعلا إلا إذا تحقق الشرط المعلق عليه ، وهو فى هذا غير العقد المضاف إلي المستقبل ، لأن العقد المضاف إلى المستقبل تام ويعتبر سببا لترتب الحكم والآثار ، ولكن هذه الآثار لاتكون إلا فى الزمن الذى عينه المتعاقدان .

والعقد المعلق على شرط قد يكون وقد لايكون ، فإنت إذا وكلت زميلا فى شراء شئ بسعر محدد ، ثم وجده أغلى من السعر الذى حددته فلايتم الشراء ، نظرا لعدم تحقق الشرط .

والحنفية هم الذين يفرقون بين العقدالمضاف إلى المستقبل والعقد المعلق على شرط ، أما الشافعى فإنه لايفرق بينهما ، لأنه يرى أن كلا منهما يتحقق متى جاء زمنه المضاف إليه أو تحقق شرطه المعلق عليه .

وقد يعلق الإنسان على شرط مستحيل الوقوع كأن يقول : لو خرج فلان من قبره فكلمنى لفعلت كذا ، ولاينعقد بهذا الشرط عقد مطلقا ، لأن غرض المتكلم من هذا الشرط إظهار إستحالة تحققه ، ومن ذلك قول الرسول لعمه : والله ياعمى . لو وضعوا الشمس فى يمينى ، والقمر فى يسارى على أن أترك هذا الأمر ماتركته .

فهو هنا يريد أن يعبر عن إستحالة تركه لدعوة الإسلام فعلقه على شرط مستحيل هو وضع الشمس والقمر فى يديه .

أما إذا كان الشرط قد وقع من قبل كأن نقول : إذا بلغت الخامسة عشرة فعلت كذا وأنت قد تجاوزت هذه السن فعلا ، فإن التعليق يكون صوريا والعقد يكون منجزاً .

العقود بالنسبة لتعليقها على شرط :

على أن هناك من العقود ما لايقبل التعليق على شرط ، وهى عقود التمليك مطلقا كعقودالبيع والهبة والزواج والإجارة ، ولايصح أن يقول شخص لآخر : بعتك دارى إن باع فلان داره .

ولايصح عقد الهبة إن قلت : وهبتك ساعتى إن إشتريت غيرها ... إلى آخر هذه العقود وأمثالها ، حيث لايصح فيها التعليق ، لأن الشأن فيما

يفيد الملكية أن تكون الصيغة جازمة لاتردد فيها ، وإلا كانت أشبة بالقمار.

ومن العقود مايصح التعليق فيها على شرط مناسب لها لا على كل شرط ، والشرط المناسب هو ماكان ملائما لمقتضى العقد عرفا أو شرطا ، فإنه إذا كان مالك الأرض زارعا لها فعلا ، فإن له أن يبيعها أو يؤجرها والزرع فيها .

ويشترط تنفيذ البيع أو الإجارة بعد الحصاد ، وكذلك يصح رهن الدار بعد إنتقال الراهن منها فى أثناء مدة معينة .

وفى الكفالة يصح أن يعلق ضمان الثمن بإستحقق المبيع ، أو كأن يقول : إن أقرضت صديقى فلانا مبلغ كذا فإنا ضامن له .

وهذه الشروط مادامت ملائمة لطبيعة العقد فإنها لاتؤثر فى صحته بعكس الشروط غير الملائمة التى لايصح تعليق العقود عليها كتعليق الكفالة أو قبول الحوالة بالدين على نجاح إبنه فى الإمتحان .

ومن العقود مايقبل التعليق على أى شرط ، لأن طبيعتها لاتمنع ذلك ، فهى عقود لاتفيد آثارها وقت صدورها ، بل حين مزاولة العمل حينا فحينا كما فى النذر ، فهو إلتزام يرادمنه تقوية الملتزم نفسه وتشديد عزيمته على

القيام بعمل معين ، كقولك : لله على نذر إن نجحت بتفوق فى الإمتحان لأتصدقن بكذا على الفقراء ، فإن تحقق الشرط صح العقد ووجب الوفاء .

وكما فى الوكالة ، حيث يوكل شخص شخصا آخر فى الشراء ، ولكن الوكيل لايعمل إلا حين وجود السلعة ، فالوكالة هنا معلقة على شرط وجود الموضوع الذى نشأ التوكيل من أجله .

وقد قسم الحنفية الشرط المقترن بالعقد إلى ثلاثة أنواع :

الشرط الصحيح ، الشرط الفاسد ، الشرط الباطل .

فالشرط الصحيح هو الذى يقتضيه العقد ويلائمة ، أو يحقق مصلحة مشروعة للعاقد .

ومثلوا لهذا العقد الصحيح باشتراط القبض فى عقد البيع ، أو اشتراط الرهن أوالكفالة بالثمن المؤجل .

فهذه الشروط يمكن اشتراطها فى العقد ، ولاتضر فى صحته ولا فى انعقاده .

أما الشرط الباطل أو الفاسد فهو مالا يقتضيه العقد ، ولا يلائم مقتضاه ، أومايؤدى إلى غرر أو اشتراط أمر لم يرد فى الشارع .

ومن أمثلة الشروط الفاسدة أو الباطلة مايبطل العقد ويعطل الحكمة من انعقاده ..

وقد مثلوا لهذا النوع من العقود ما إذا اشترى حيوانا على أنه حامل لما فى هذا الشرط من غرر [1] .

ومثل الشرط الباطل العقد المتضمن على الربا لنهى الشارع عنه فى مثل قوله تعالى : "وأحل الله البيع وحرم الربا " .

---

(١) بدائع الصنائع ٥ / ١٦٨ ، الدسوقى ٣ / ٥٨ .

ومن هذا النوع أيضا مايصح العقد فيه ويلغو الشرط ، كما لو شرط أحد العاقدين فى المزارعة : أن لايبيع الآخر نصيبه ، أو يهبه لفلان أو لو شرط الزوج - فى عقد النكاح - ألا يدفع مهرا ، أو ألا تحمل الزوجة --

فتصح العقود فى مثل هذه الصور ، وتلغو الشروط فتصير باطلة لا اعبتار لها .

العقود المالية والعقود غير المالية [1] :

تعد العقود مالية إذا وقعت على عين من الأعيان ، سواء أكان نقل ملكيتها بعوض كالبيع والصرف والسلم ، أم كان بغير عوض كالهبة والقرض والوصية ، أو بعمل فيها كالمزارعة والمساقاة والمضاربة ونحوها ..

وهذه العقود هى ماتسمى بعقود المعاوضات .

أما إذا وقع العقد على عمل معين دون مقابل كالوكالة والكفالة والوصاية ، أو الكف عن عمل معين كعقد الهدنة بين المسلمين وأهل الحرب فهو عقد غير مالى من الطرفين .

كما أن هناك من العقود ماتعد مالية من طرف وغير مالية من طرف آخر ومثلوا لهذا النوع بعقد النكاح وعقد الخلع وعقد الصلح عن الدم وعقد الجزية ونحوها ..

(1) انظر الموسوعة الفقهية جـ٣٠ ماده " عقد " .

فهذه العقود تعد عقودا مالية من حيث المآل الذى فى طرف منها كالمهر الذى يدفع من عقد النكاح والبدل الذ يدفع فى الخلع ، والمال الذى يتم الصلح .. وهكذا .

وهى أيضا غير مالية لأن موضوعها لايقع على مال أصلا ، ونقصد بالموضوع هنا محل العقد .

وقد يلحق بهذه العقود تلك التى تقع منافع كالإجازة والإعارة ونحوهما فالجمهور يعتبرها من العقود المالية من حيث اعتبار المنافع أموالا أو فى حكم الأموال ، خلافا للحنفية الذى لايعدون المنافع أموالا .

والعقد غير المالى من الطرفين أشد لزوما من المالى فيهما ، إذ يجوز فى المالى فسخه بعيب فى العوض كالثمن والمثمن كما فى خيار العيب .

وغير المالى لايفسخ أصلا إلا لحدوث مايمنع الدوام .

العقود التى يشترط فيها القبض والتى لايشترط فيها :

من العقود التى لايشترط فيها قبض المعقود عليه حين العقد البيع المطلق والإجازة والنكاح والوكالة ..

فالبيع مثلا ينعقد بالإيجاب والقبول وتترتب عليه آثاره ، فتنتقل ملكية المبيع إلى المشترى ، وتنتقل ملكية الثمن إلى البائع ، وإن لم يحصل التقابض بينهما .

ولكن الحنفية والشافعية يرون أن عقد البيع لايستقر إلا بالقبض كالصداق في عقد النكاح [1] .

كما أن الإجارة تنعقد بمجرد الإيجاب والقبول دون الحاجة إلى الإستيفاء عند الجمهور خلافا للحنفية الذين يشترطون الاستيفاء ليملك المؤجر الأجرة [2] .

ومن العقود مايشترط فيها القبض لنقل الملكية كالهبة والقرض والعارية فالهبة تمليك فى الحياة بغير عوض ، ولاتنتقل الملكية فيها بمجرد الإيجاب والقبول ، بل يحتاج ذلك إلى القبض بإذن الواهب [1] .

والقرض يشترط فيه - عند الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة - القبض حتى تنتقل الملكية إلى المقترض .

وفى عقد العارية صرح الحنفية بأن ملك المنافع من الأموال المعارة لاتنتقل بمجرد العقد ، بل يحتاج ذلك إلى قبض المعار .

أما عقد الصرف فقد اتفق الفقهاء جميعا على القبض فى البدلين قبل التفرق من المجلس للحديث المعروف : " لاتبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل .... ولاتبيعوا منها غائبا بناجز [4] .

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم / ٣٤٧ .

(٢) بداية المجتهد ٢ / ٢١٨ .

(٣) مغنى المحتاج جـ٢ / : ٤ . القواعد لابن رجب / ٧١ .

(٤) فتح البارى ٤ / ٣٨٠ .

وكذلك عقد السلم - وهو بيع الآجل بالعاجل - فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يشترط فى صحته قبض رأس المال قبل الإفتراق لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : " من أسلف فى تمر فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم " (١) .

وذلك لأن الافتراق قبل قبض رأس المال يؤدى إلى بيع دين بدين وهو ممنوع .

ومن العقود التى يشترط فيها القبض كذلك عند جمهور الفقهاء عقد المضاربة وعقد المساقاه وعقد المزارعة ... وغيرها من العقود التى لاتلزم بمجرد الإيجاب والقبول بل بالقبض والإستيفاء .

عقود المعاوضة وعقود التبرع :

عقود المعاوضة هى العقود التى يتم فيها تبادل شئ بشئ كتبادل سلعة بثمن كما فى البيع ، وتبادل أجر بعمل كما فى الإجازة ، وتبادل عاجل بآجل كما فى السلم ، وتبادل آجل بعاجل كما فى الاستصناع وتسمى هذه العقود بعقود المعاوضة لأن كلامن طرفى العقد يبذل للآخر " عوضا " عما يتركه إن كان سلعة أو ثمنا أو منفعة .

أما عقود التبرع فهى التى يكون البذل فيها من جانب واحد ، أى أنه لاعوض فيها ، وهى مبينة على اليسر والتوسعة .

(١) مسلم ٣ / ١٣٢٧ .

ومن هذه العقود عقد الهبة والعارية والوديعة والكفالة وغيرها كما أن هناك من العقود مايكون تبرعا فى الابتداء معاوضة فى الانتهاء .

وذلك كعقد القرض فإن المقرض يتبرع - ابتداء - بتقديم القرض إلى المقترض على سبيل التعاون وتفريج الكربة " .... ومن نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كربات يوم القيامة " .

ولكن المقترض - رغم ذلك - يلتزم برد ما افترض عند التيسير ويلخص موقف المقرض والمقترض قوله تعالى : " فاتباع بالمعروف .. وأداء إليه بإحسان " : الاتباع بالمعروف من جانب المقرض ، والأداء بإحسان من جانب المقترض .

وكذلك عقد الكفالة بأمر المدين ، فإنها تبرع فى الابتداء بالتزام الكفيل بأداء الدين الذى على المدين ، لكنه حين يدفع الدين للدائن فإنه يعود بعد ذلك إلى المدين ..

ومانبرع الكفيل بكفالته إلا لينقذ المدين من مطالبة الدائن .

وتختلف عقود المعاوضة عن عقود التبرع بأن الوفاء بمايتعهده العاقدان واجب لقوله تعالى : يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " ولأن فى عدم الوفاء بالعوض يضر بأحد الطرفين .

أما العقود التبرع فهى وإن كانت تخضع بعمومها للمبدأ الإسلامى فى الوفاء ، فإن الوفاء بالعوض فى هذه العقود غير واجب على سبيل الحتم والالزام .

لأن المتبرع محسن " وماعلى المحسنين من سبيل " ولكن لوقوعها تحت المبدأ الإسلامى فى وجوب الوفاء كما أشرت ، فإن الفقهاء ، قد صرحوا باستحباب الوفاء فى عقود التبرع لأنها من البر والإحسان ، وقد حث الشارع عليهما فى أكثر من موضع ، قال تعالى : " وتعاونوا على البر والتقوى " (١) .

العقود الموقتة والعقود المطلقة :

قسم الفقهاء العقود - من حيث ارتباطها بالوقت -إلى عقود مؤقتة وعقود غير مؤقتة .

فالعقد الذى تكون المدة فيه ركنا فهو عقد موقت كالإجازة والمسافاة والهدنة .

أما الذى يكون كذلك فهو عقد مطلق ، وقد يقبل التأقيت بعد ذلك ومن العقود المطلقة التى لاتقبل التأقيت : عقد البيع ، والنكاح ، والوقف .

ومما يقبل التوقيت ويكون شرطا فى صحته : الإجارة والمساقاة ، والهدنة .

ومما يقبل التوقيت وليس شرطا فى صحته : الوكالة والوصاية .

---

(١) سورة المائدة : ٢ .

ومما لايقبل التوقيت بحيث إذا أقّت بطل : البيع بأنواعه ، والنكاح والوقف .

ومن العقود التى لاتقبل التأقيت عقد الرهن ، وعقد الهبة ، لأن تمليك العين بغير عوض فى الحال ، وتمليك الأعيان لايصح مؤقتا كالبيع [(١)] .

(١) بدائع الصنائع ٦ / ١١٨ ، المغنى الشرح الكبير ٦ / ٣٥٦ .

المبحث الثاني : الخيارات [1] :

قد يشترط العاقد شروطا معينة تدخل فى العقد، من هذه الشروط مايأتى موافقا المقتضى العقد ، ومنها مايأتى به الشرع ، أو يجرى عليه العرف .

ومن هذه الشروط الخيارات ، وهى تحفظات يشترطها صاحب العقد [2] ، أو ينص عليها الشرع [3] ، فيجرى بها التعامل بين العاقدين، ويتم عليها الرضا فى هذا التعامل .

تعريف الخيارات :

الخيارات جمع خيار ، والخيار هو طلب خير الأمرين أو الأكثر منهما ، فأنت إذا إخترت شيئا واحدا من بين أشياء متعددة ، فقد فضلته عليها جميعا لما فيه من خير من وجهة نظرك .

وهذا معنى مشترك بين اللغة والشريعة ، وقد شرعت الخيارات لضمان رضا المتعاقدين ، وتأكد كل منهما أن العقد الذى اتفقا عليه يحقق مصلحته ورغبته .

---

(١) انظر الخيارات فى : بدائع الصنائع للكاسانى جـ٥ ، المبسوط للرخو جـ١٣ الجوهرة على مختصر القدورى جـ١ ، المغنى لابن قدامه جـ٣ .

(٢) كخيار التعيين وخيار الشرط .

(٣) كخيار الرؤية وخيار العيب .

وأساس شرعية الخيارات قول الرسول صلى الله عليه وسلم فيمارواه مسلم : "إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار مالم يتفرقا وكانا جميعا . أو يخير أحدهما الآخر ، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع ، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما المجلس فقد وقع البيع"

وفى هذا الحديث دليل على ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ، وأنه يمتد إلى أن يحصل التفرق بالأبدان .

فإن كانا فى منزل صغير فالتفرق يكون بخروج أحدهما منه وإن كان المنزل كبيرا فيكفى التحول من المجلس إلى مجلس آخر .

ولقد رأى مالك أن مدة الخيار ليس لها قدر محدود ، وإنما هى تتقدر بقدر الحاجة إلى إختلاف المبيعات .

فمدة الخيار فى بيع الثوب غيرها فى بيع السيارة أو العمارة ، ومع ذلك فلايجوز أن تطول المدة حتى كل من العاقدين إلى تجديد الإتفاق أو إلى إتفاق جديد .

ومن هنا حدد الشافعى وأبو حنيفة مدة الخيار ثلاثة أيام ، ولايجوز أن تزيد على ذلك .

وقال أحمد وأبو يوسف : يجوز الخيار لأى مدة اشترطت [1] ومع أن الأصل فى العقد أن يكون لازما بطبيعته مادام قد استكمل شروطه وأركانه ، فقد إنفردت الشريعة الإسلامية بالقول بمشروعية الخيارات لتحقيق الرضا بين المتعاقدين .

حكمة مشروعيتها :

ليس الناس جميعا على درجة واحدة من الخبرة والمران فى ممارسة أمور الحياة ، فبعضهم يقدم على إتمام عقد ، ثم يكتشف أنه لم يحقق رغبته من هذا العقد نتيجة لظروف أحاطت به ، أو نتيجة جهله هو لأحد الأمور الملابسة للعقد ، أو نتيجة ظهور عيب فى المعقود عليه ، وكان خافيا على العاقد .

ومن أجل ذلك فقد شرعت الخيارات فى بعض العقود للتأكد من رضا المتعاقدين ، فيكون كل منهما على بينة من أمره ، متأكدا من وجود منفعة له من وجود منفعة له من إمضاء العقد .

والأصل فى تقرير الخيارات ماروى من أن رجلا من الأنصار [2] كان لايجيد البيع والشراء ،فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : "إذا بايعت فقل : لاخلابة [3] ، ولى الخيار ثلاثة أيام" .

(1) انظر سبل السلام جـ٣ ، باب الخيار ، بداية المجتهد جـ٣ / ٢٦٧ .

(2) هو حبان بن منقذ الأنصارى .

(3) أى لاتخدعنى .

ووجه الإستدلال بهذا الحديث أن شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم فيكون مفسدا له لكونه أعطى - بهذا الحديث - حقا للبائع أو المشترى فى الخيار لمدة معينة [1] .

ولذلك فقد جعل الشارع الخيارات فى أحوال خاصة أو عند إشتراط أحد العاقدين لنفسه حق الفسخ أو الخيار ، وذلك إذا كان الإنسان على شك من أن العقد فى مصلحته ، فهو يتروى حتى يبين له وجه الصواب ، وحتى يكون الإختيار بعد ذلك قائما على اليقين لا على الظن ، وعلى العلم الصحيح لا على مجرد الصدفة .

وبناء على ذلك فأن هناك من الخيارات مايشترطها العاقد لنفسه قبل توقيع العقد ليتم له العلم الصحيح بمغانم العقد ومغارمه كما فى خيار التعيين وخيار الشرط

ومنها ماهو ثابت بتقرير الشارع دفعا لنقص فى العلم الذى قام عليه الرضا ، أو منعا لتغرير وتجهيل فى صحته كما فى خيار الرؤية وخيار العيب .

وعلى الرغم من أن الخيارات فى الفقه كثيرة ... بعضها يختص بعقد لايتعداه ، وبعضها يعم عددا ولايختص بواحد منها ...

(١) درر الحكام جـ ٢ / ١٥٣ .

فإننا سنقصر الكلام على نوعين مما يشترطه العاقد لنفسه وهما : خيار التعيين وخيار الشرط .

وعلى نوعين آخرين مماهو ثابت بتقرير الشرع وهما : خيار العيب وخيار الرؤية .

خيار التعيين :

يقصد بهذا النوع من الخيارات إعطاء الفرصة للعاقد ليعين واحدا من إثنين أو ثلاثة متفاوتة القيمة فيما بينها .

فالتاجر يعرض أصنافا متعددة من سلعة معينة ، ويحدد لكل صنف ثمنا ، فإذا أعجب المشترى بصنف أو صنفين من هذه السلعة ، وخشى ضياع الفرصة إن لم يتعاقد مع التاجر ، وأراد أن يعرض ما أعجبه على شخص آخر له خبرة ليفضل له أحد الصنفين ...

ثم إختار بعد ذلك أحدهما ، فقد أصبح العقد معلوما بعد أن كان مجهولا بعض الجهالة ، وتعين البيع وأصبح لازما بعد أن كان غير لازم ، وإنتهى الخيار بإنتهاء مدته

وهذا النوع من الخيار داخل العقود الناقلة للملكية ، فهو يثبت فى البيع أو فى الإجارة إذا كان فيها تعيين لشئ آخر من أشياء متعددة كتحديد إيجار شقة واحدة من شقق متعددة فى عمارة .

ويعطى حق الملكية للمشترى فى أحد الشيئين أو الأشياء المعروضة .

فإذا قال البائع للمشترى : بعتك أحد هذين الثوبين ، أو إحدى هاتين السيارتين على أن تأخذ أيهما شئت وقبل المشترى ، فإن ذلك يوجب ثبوت الملك للمشترى فى إحدهما ، مع ثبوت خيار التعيين له ، والملكية الثابتة بهذا الخيار ملكية غير لازمة ، فإن للمشترى أن يرد الثوبين أو السيارتين ، ومادام خيار التعيين يمنع لزوم العقد ، فإنه أيضا يمنع لزوم الملك فكان محتملا للفسخ[1] .

خيار التعيين بين القياس والإستحسان :

يقتضى القياس أن يكون محل العقد معينا معلوما ، وألا يتعلق بجهالة تؤدى إلى الغرر والنزاع بين المتعاقدين ، حيث إن الغرر يفسد العقد .

ولقد أخذ أحمد بن حنبل والشافعى وزفر بهذا القياس ، فلم يأخذوا - بناء على إتجاههم - بخيار التعيين ، لأنه خيار بين شيئين أو ثلاثة ، فهو يؤدى إلى الجهالة التى يجب نفيها عن محل العقد .

فالساعات التى فى محل التاجر مثلا لا تكون محلا لعقد نافذ لازم إلا إذا حددت إحداها بوصفها وثمنها ، وتعاقدت مع البائع عليها بعينها ، ومن ثم فلايكون هناك مجال للخيار .

---

(١) بدائع الصنائع جـ٧ ، بيع الخيار /٣٢٨٨ .

غير أن أبا حنيفة وصاحبيه قد تجاوزوا القياس إلى الإستحسان ، ورأوا أن الإستحسان يقتضي مشروعية خيار التعيين .

فإن الحاجة تكون ماسة إلى هذا النوع من الخيارات حيث يرد العقد على شيئين أو ثلاثة ، ولايستطيع المشترى الإختيار لنفسه لعدم خبرته فيما يحتاج إلى الإستعانة برأي غيره .

وإذا كانت الجهالة التى تحيط بمحل العقد مفسدة للعقد كله ، فإنها الجهالة الفاحشة المؤدية إلى النزاع .

وفى خيار التعيين تكون الجهالة جهالة يسيرة مغتفرة لاتؤدى إلى نزاع .

كما أن كثيرا من الناس لايشترون مايحتاجون إليه بأنفسهم فيوكلون غيرهم فى ذلك ، ثم يحتفظون لأنفسهم بحق الخيار لأن إختيارهم لأنفسهم غير إختيار الوكلاء لهم .

ولقد جرى عرف الناس على التعامل بذلك تخفيفا عليهم وتوسيعا لقاعدة التيسير فى معاملاتهم ، ومن المقرر فى الفقه أن العرف قد يكون حجة يخالف بها القياس .

شروط صحة خيار التعيين :

يشترط لصحة العقد هذا الخيار شروط ثلاثة :

(١) أن يكون الخيار بين شيئين على الأقل أو ثلاثة أشياء على الأكثر ، لأن الخيار بين أقل من شيئين غير متصور ، فالشئ الواحد متعين بذاته .

(٢) أن تكون مدة الخيار معلومة ، وقد حددها أبو حنيفة والشافعى بثلاثة أيام ، بينما إكتفى الصاحبان (أبو : ف ومحمد) بإشتراط كون المدة معلومة أيا كانت مادام أن البائع على بينة من الأمر ، وقد سبق بيان ذلك .

(٣) أن تكون السلعة التى يقع فيه الخيار متفاوتة فيمابينها، وثمن كل منها معينا، وإلا كان التخيير عبثا إن لم تكن مختلفة، أو كان الثمن مجهولا، فإذا لم تكن مختلفة فى مزاياها لم يكن للتخيير بينها معنى، وإذا كان الثمن مجهولا فسد البيع ، لأن الجهالة تؤدى إلى المنازعة .

والبيع مع خيار التعيين يثبت الملك للمشترى فى الشئ الذى إختاره ، ويثبت حرية التصرف للبائع فى الشئ الذى لم يقع عليه الإختيار .

على أن الملك الذى يثبت للمشترى بهذا الخيار ملك غير لازم ،فإن له رد ما اشتراه إذا ظهر فيه عيب أو إذا لم يكن رآه .

وراثة خيار التعيين :

إذا مات صاحب الحق في خيار التعيين كان لورثته الحق فى التعيين ، لأن المبيع أكثر من واحد ، وقد إختلط بتركة المتوفى ، فلابد من تعيين الصنف الذى وقع عليه الإختيار ودفع ثمنه وعزل الباقى عن التركة ليتعين ملك الورثة من ملك غيرهم .

ويبدو أن تعيين ملكهم وعزله عن ملك غيرهم هو الغاية من تقرير حقهم فى الخيار فلايئول إليهم هذا الحق بالوراثة ،إذ أن قاعدةالأحناف أن الحقوق الخالصة لاتورث لأنها رغبة ومشيئة .

وقد جاء فى أحد كتبهم [1] : (إذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل إلى ورثته ، وإذا بطل خياره يلزم البيع ، فإن كان الخيار للبائع دخل ثمن البيع فى ملك ورثته ، وإن كان للمشترى دخل المبيع فى ملك ورثته ، وللبائع الثمن فى التركة إن لم يكن قبضه) .

أما مالك والشافعى وأصحابهما فقد قالوا بجواز وراثة الخيار ، وأنه إذا مات صاحب الخيار ، فإن لورثته الخيار مثلما كان له [2] .

---

(١) فتح القدير جـ ٥ . ط أولى / ١٢٥ .

(٢) بداية المجتهد جـ٢ . كتاب بيع الخيار / ٢٧٠ .

إنتهاء خيار التعيين :

ينتهى خيار التعيين ويصير البيع لازما والمبيع مملوكا للمشترى على وجه اللزوم ، وذلك من أحد طريقين :

أ- أن يقع الإختيار على شئ واحد من الأشياء المتعددة صراحة بتعيين هذا الشئ ، أو ضمنا بأن يتصرف المشترى فى أحد الشيئين المبيعين تصرفا يدل على أنه إختاره وعينه كأن يكون طعاما فيأكله أو يأكل بعضه ، أو قماشا فيقصه ، وهذا إختيار بطريق الدلالة [1] .

ب- إذا هلك أحد المبيعين فى يد المشترى بطل الخيار ولزمه الثمن ، لأن الهلاك كان بمثابة تعيين السلعة وتحديد الإختيار ، وإن هلكا جميعا قبل القبض بطل البيع .

خيار الشرط :

وهو أن يشترط العاقدان أو أحدهما أن له الحق فى قبول العقد أو فسخه فى مدة معلومة ، كأن يقول المشترى : إشتريت هذه السلعة بكذا على أنى بالخيار لمدة كذا ، أو أن يقول البائع مثل هذه العبارة لمصلحته .

(١) فى قول لأبى يوسف ومحمد ورواية عن أحمد أنه لايجوز التصرف فى المبيع قبل قبضه لحديث الرسول : "من إبتاع طعاما فلايبعه حتى يقبضه" .
قال ابن عباس : وأحسب كل شئ منزلة الطعام .
وقال أبو حنيفة بجواز التصرف فى العقار ومافى معناه وعدم الجواز فى غير العقار (انظر : شرح النووى على مسلم جـ ١٠ / ١٦٩ - ١٧٠ - درر الحكام جـ ٢ /١٨٣) .

وهذا الشرط يكون مصاحبا للعقد ، ولايصح أن يكون قبله ، لأنه حينئذ يكون شرطا على شئ لم يوجد بعد .

وقد جاء فى المغنى لابن قدامه [1] قوله : (ولو ألحقا بعد العقد خيارا بعد لزومه لم يلحقه ، لأنه عقد لازم فلم يصر جائزا بقولهما) . وهذا أيضا رأى الشافعى .

بينما جوز آخرون أن يلحق الشرط العقد ولو بفترة طالت أم قصرت ، كما ذهب مالك وأحمد إلى أن الشرط السابق كالشرط المقارن .

وجاء فى فتح القدير [2] : (يجوز إلحاق خيار الشرط بالبيع ، فلو قال أحدهما بعد البيع ولو بأيام : جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح ، مادام الثانى قد قبل ذلك ، لأن للمتعاقدين حق الفسخ من غير خيار إذا إرتضيا الفسخ ، فكان إلحاق الخيار بالعقد بعد المجلس كما كان لهما فى مجلس العقد) .

الأصل فى مشروعيته :

الدليل على مشروعية هذا الخيار هو الدليل الذى قدمناه بين يدى الخيارات كلها بوجه عام ، وهو قول الرسول لأحد أصحابه : "إذا بايعت فقل : لاخلابة ، ولى الخيار ثلاثة أيام" .

---

(1) جـ ٣ / ٥٧٩ .
(2) جـ ٥ / ١١١ .

وعلى الرغم من أن القياس يقضى بفساد العقد لفساد الشرط ، وأن هذا الشرط مخالف للعقد ، فإن الفقهاء قد أجازوه إستحسانا لوجود نص يقضى بذلك .

والنص فى الشريعة حاكم علي العقود كلها ولايخضع لأقيستها ، كما أن الحكمة من خيار الشرط هى الحكمة من مشروعية الخيارات كلها .

فهى تقرير لحرية الإنسان وتثبيت لعنصر الرضا فى العقود ، قد يخشى أحد العاقدين أن ينخدع لعدم خبرته بموضوع العقد ، ويرى أن يستشير غيره ممن هم أكثر منه خبرة .

ومن هنا يتقرر خيار الشرط لحماية المتعاقد من الخديعة والحيلولة بينه وبين الخديعة وتوفير الرضا فى العقد مع توفير فرصة من الوقت لدراسته قبل إمضائه وإنفاذه .

مدة الخيار :

يرى أبو حنيفة والشافعى أن مدة الخيار لاتزيد عن ثلاثة أيام ، وذلك لأن الشرط قد جاء على خلاف القياس ، وثبت لورود النص به ، فيقتصر فيه على محل النص ، وهذا النص هو حديث الرسول وتحديده ثلاثة أيام مدة للخيار .

غير أن أبا حنيفة يرى – مع ذلك – أنه لو شرط الخيار أكثر من ثلاثةأيام ، ثم أجازه من له الخيار في الثلاثة صح البيع .

بينما يرى الصاحبان (محمد وأبو يوسف) وأحمد بن حنبل أن مدة الخيار يجوز أن تزيد على ثلاثة أيام مادامت معلومة ، وهذا لما روى عن ابن عمر أنه أجازه إلى شهرين ، ولأن هذا الخيار قد شرع للحاجة لدفع الغبن عمن اشترطه لنفسه ، وقد تقضى الحاجة مدةأكثر من ثلاثة أيام للتروى ولاستطلاع رأى يستنير به .

وماقيل من الإحتجاج بحديث الرسول في تحديده مدة الخيار ثلاثة أيام ، فلعل هذه المدة كانت كافية لمن قيل الحديث بشأنه وهو حبان بن منقذ ، ولكنها لاتكفى غيره ، فلكل إنسان ظروفه ، وكل شخص أدرى بحاله .

وقد قيل أن تخير ابن حبان ، وتحديد ثلاثة أيام مدة لهذا التخيير إنما كان لضعف إدراك هذا الرجل ؛ إلا أنه ضعف لم يخرج به عن حد التمييز .

ويدل على هذا الضعف ما أخرجه أحمد وأصحاب السنن بلفظ أن رجلا كان يبايع (وكان في إدراكه ضعف ، وكان شراؤه وبيعه مشروطا بعدم الخداع) ليكون من باب خيار الشرط [1] .

(١) انظر سبل السلام جـ٣ ، باب الخيار / ٨٣٣ .

ويتصرف المالكية فى مدة الخيار بحسب السلعة المبيعة لأن إختلاف السلعة قد يقتضى إختلاف المدة .

فبيع الدار الكبيرة يحتاج مدة للإختيار أطول من بيع الثياب أو الدابة أو نحوهما ، أما الخضر والفاكهة ونحوها ممايتسرب إليه الفساد فإن مدة الخيار فيها تكون أقصر وهكذا .

خيار الشرط للعاقدين ولغيرهما :

كما يجوز خيار الشرط للمتعاقدين كليهما ، يجوز كذلك للنائب عن أحدهما ، وللنائبين عنهما.

وهذا الجواز عند أبى حنيفة ومالك وأحمد والشافعى فى أحد قوليه ، وحجتهم فى ذلك أن الحاجة التى شرع من أجلها تتحقق لدى العاقدين ، وتتحقق أيضا لدى غيرهما من أصحاب الرأى وذوى الخبرة الذين يستشيرهم أصحاب الحق الأصليون فى الإختيار ، فقد يحتاج الشخص لمشاورة غيره ، فإن هذا الخيار يكون للعاقد بالأصالة ولغيره بالنيابة .

ولم يخالف فى هذا الإتجاه إلا زفر والشافعى فى أحد قوليه ، وحجته فى هذه المخالفة أن الخيار قد شرع لمصلحة العاقدين ، وليس لغيرهما دخل فى العقد ، ومن ثم فليس لغيرهما حق فى هذا الخيار [1] .

(١) انظر تفصيل ذلك فى بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ، باب البيع بالخيار / ٢٦٩ .

مايقبل خيار الشرط من العقود :

لايثبت خيار الشرط فى كل العقود فهناك من العقود مالايحتمل الفسخ كالزواج والطلاق والعتق ، وهذه لاتقبل أن يكون فيها خيار الشرط ، لأن هذا الخيار - كما ذكرنا يجيز لصاحبه حق فسخ العقد ، وهذه العقود بطبيعتها لاتقبل الفسخ .

وهناك طائفة أخرى من العقود هى بطبيعتها غير لازمة ، فلامعنى لاشتراط الإختيار فيها مادام لكل من المتعاقدين حق فسخها متى شاء ... مثل الوكالة والإعارة ، فإن لكل من الوكيل والموكل حق فسخ العقد متى أراد من غير رضا الطرف الآخر .

وهذا الحق مكفول لكل من المعير والمستعير فلا داعى إذن لخيار الشرط فى هذه الحال .

أما العقود اللازمة بطبيعتها وتقبل الفسخ فهى العقود التى يصح الخيار لنفسه ، فإذا كان البائع هو الذى اشترط هذا الخيار فلايلزمه خروج المبيع من ملكيته .

أثر خيار الشرط على العقد :

خيار الشرط يجعل العقد غير لازم بالنسبة لمن اشترط هذا الخيار

لنفسه ، فإذا كان البائع هو الذى اشترط هذا الخيار فلايلزمه خروج المبيع عن ملكيته .

وإذا كان المشترى هو الذى اشترط ذلك ، فلايلزمه دفع الثمن للبائع .

ومادام صاحب الحق غير ملتزم ، فإن فسخه صراحة أو ضمنا صار العقد كأن لم يكن ، وإذا أمضاه صار لازما وبطل الخيار .

مايبطل به خيار الشرط :

يقتضى الكلام عن بطلان خيار الشرط أن نعرض له من وجهين :

أولا : إذا كان الخيار للبائع :

يبطل الخيار للبائع بأمرين : أحدهما إختيارى بأن يجيز البيع صراحة بمثل قوله : أجزت البيع أو أوجبته أو أسقطت الخيار .. أو دلالة كأن يتصرف فى ثمن المبيع بعد قبضه ....

وهذا التصرف دليل على تقرر الملكية له فى الثمن وإجازته للبيع أما الإجباری فمنه مضى مدة الخيار دون فسخ العقد ، أو بموت البائع نفسه ، لأن هذا الخيارلايورث عند الحنفية وإن كان يورث عند الشافعية [1] .

ثانيا : إذا كان الخيار للمشترى :

يسقط خيار المشترى بمايسقط به خيار البائع من مضى مدة الخيار دون

(١) بدائع الصنائع للكاسانى . ط الإمام جـ ٧ / ٣٣٠ ، درر الحكام جـ ٢ / ١٥٣ .

فسخ العقد أو موت صاحب الخيار ، وكذلك يسقط بهلاك المبيع بعد قبضه [1] .

ويستنتج من ذلك أن الخيار إذا كان للبائع والمشترى معا ، فإنه يسقط من أحدهما بمايسقط به لو كان له الخيار وحده .

فإذا أجازه أحدهما العقد صار نافذا من ناحيته ، ويبقى الآخر على خياره ، فله أن يجيزه وله أن يفسخه ، فإذا فسخه فليس للآخر أن يجبره ، لأنه أصبح غير موجود حتى يمكن أن تلحقه الإجازة .

خيار الرؤية :

يقصد بهذا الخيار إعطاء الفرصة للمشترى ليرى الشئ الذى يشتريه قبل الإقدام على إنفاذ البيع ، وقد قصد المشترى بهذه الفرصة لأن من المسلم به أن البائع يعرف مايبيعه بخلاف المشترى ، وحتى لو باع شخص شيئا يملكه دون أن يراه ، كما إذا ورث دارا فى بلد غير بلده فليس له حق الخيار ، لأنه ماكان ينبغى له أن يبيع شيئا مجهولا .

غير أنه إذا كان العقد عقد مقايضة ، كأن تبيع أرضا بأرض أو سيارة أو محصولا زراعيا بمحصول زراعى آخر .

---

(١) القبض هو أن يخلى البائع بين الشئ المبيع وبين المشترى على وجه يتمكن المشترى من التصرف فيه (بدائع الصنائع للكاساني جـ ٧ / ٣٢٤٨ .

فقد قيل إنه يثبت خيار الرؤية للمتعاقدين كليهما ، لأن كلا منهما يعد بائعا ومشتريا فى الوقت نفسه [1] .

الأصل فى مشروعية خيار الرؤية :

هذا الخيار مشروع بقول الرسول : "من اشترى فلم ير فله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه" .

وقد صحت رواية هذا الحديث عند الحنفية فأخذوا به ، حيث رأوه صريحا فى جواز الشراء من غير رؤية المحل ، ولكنه أيضا صريح فى عدم لزوم العقد ، وفى جواز فسخه مالم تتم الرؤية .

وفى هذا المجال أيضا يروى أن عثمان بن عفان قد باع أرضا بالبصرة لطلحة بن عبيد الله. فقيل لطلحة : إنك قد غبنت ، فقال : لى الخيار لأنى إشتريت ما لم آره .

وقد نقل هذا الكلام إلى جبير بن مطعم فقضى بأن الخيار لطلحة ، لأنه هو المشترى ، ولاخيار لعثمان لأنه هو البائع .

وكان ذلك بمحضر من الصحابة فلم ينقل عن أحد منهم معارضته لهذا الرأى ... فكان ذلك بمثابة الإجماع السكوتى .

---

(١) الفقه الإسلامى ، للأستاذ/ محمد سلام مدكور / ٥٥٢ .

وإذن فإن هذا الخيار يؤيده نص الحديث النبوى ، وعمل الصحابة ، والإجماع السكوتى منهم .

وهذا النوع من الخيارات - كغيره من الأنواع - يحقق مصلحة للعاقدين ، إذ يتم بينهما إتفاق (مبدئى) على العقد قبل رؤية محل العقد ، فيحافظ المشترى على الثمن ، ولايتصرف فيه حتى تتم الرؤية ، ويحافظ البائع على بضاعته فلا يعرضها على شخص آخر حتى يعرف رأى الشخص الأول .

خلاف الفقهاء حول خيار الرؤية :

الأصل أن يكون محل العقد حاضرا وقت توقيع العقد عملا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : "لاتبع ماليس عندك" .

ومن هنا فإن جمهور الفقهاء - فى رواية عنهم - منعوا هذا النوع من التعاقد ، لأن محل العقد يجب أن يكون معلوما بذاته وصفاته ، والأعيان لاتتم معرفتها إلا بالمشاهدة المانعة للجهالة المؤدية إلى نفى الغرر .

وقد أجاز الأحناف هذا النوع من العقود التى ترتبط بخيار الرؤية معتمدين على جواز التعاقد على الأشياء المعينة بأوصافها مادام قد تعين محل العقد بما يرفع عنه الجهالة بالحديث السابق بأن النهى عن بيع ماليس

عنـد الإنسـان نهـى عن ما لايقدر الإنسـان علـى تسليمـه عاجـلا أو آجـلا .

وإذا تمسكنا بالرؤية وقت العقد فقد تفوت فرصة على أحد العاقدين أو على كليهما .

وإذا أجزنا العقد دون رؤية فقد يلحق الضرر بأحد العاقدين من جراء الغبن الذى يحيط بالعقد .

والأحكام لم تشرع إلا لمصالح العباد .

كما ذهب الشافعى – فى مذهبه القديم – وابن حنبل – فى إحدى الروايتين عنه – مذهب الأحناف إلى تصحيح العقد على الغائب وإثبات خيار الرؤية ، مستدلين بالرواية التى رويت عن عثمان وطلحة والتى سبقت الإشارة إليها ،قائلين إنه مادام من حق المشترى أن يرد المبيع إذا لم يجده محققـا لرغبتـه ، فـإن الجهالة هنا لاتؤدى إلى النزاع ومن ثم فإنه يجوز البيع .

ومن هنا فماداموا قد أجازوا تمليك غير الحاضر المرئى وقت العقد فقد قالوا بخيار الرؤية ليكمل الرضا وترتفع الجهالة .

وإذا جاز – بناء على ذلك – بيع الحاضر المرئى ، فإن العقد لايكون لازما ، لأن جهالة وصف المبيع تؤثر فى رضا المشترى ، فيوجب الخيار له تداركا لما عساه يندم من أجله ، ومن ثم فإن المشترى رد ما لم يره إذا ثبت بعد ذلك إنه غير محقق لرغبته

حدود الرؤية المقصودة [1] :

اشترط القائلون بخيار الرؤية شرطين :

أن يكون موضوع العقد متعينا يمكن وصفه وتحديده بحدود معينة .

وألا يكون المشترى قد رأى المبيع قبل الشراء ، فإن كان قد رآه ولم يزل على حاله الذى رآه فيها ، فلا يثبت له هذا الخيار .

كما أنهم جعلوا العقود التى يثبت فيها خيار الرؤية مقصورة على أربعة من العقود هى :

عقد البيع: إذا كان المبيع معينا بالذات سواء أكان عقارا أم منقولا.

عقد الإجارة : حيث يثبت للمستأجرفى رؤية العين المستأجرة .

وعقد قسمة القيميات : حيث يكون لكل من الشريكين فى عين معينة حق خيار الرؤية ليثبت له حقه ثبوتا واضحا صحيحا .

(١) انظر درر الحكام جـ ٢ / ١٥٨ ، بدائع الصنائع جـ ٧ / ٣٣١٤ .

وعقد المصالحة : حيث يثبت للمتنازل صلحا عن دعواه خيار الرؤية ، لأن هذا التنازل نظير شئ يشبه البيع والشراء .

والرؤية المقصودة - فى هذه المجالات -هى التى تؤدى إلى المعرفة وتحقق الرضا والرغبة فى المعقود عليه .

فيكفى - مثلا رؤية الثوب وهو مطوى للإستدلال عليه ، إلا إذا لم يدل خارجه على داخله .

وتكفى ر[illegible] كومة الحبوب لمعرفة نوع الحبوب .

وقد تتحقق الرؤية بغير البصر ، فإن المبصر يرى بعينه فيكتفى بهذا الرؤية ، فإذا لم يكفه النظر وكان حل العقد ما لاتحيط به الرؤية المجردة كان سبيل المعرفة اللمس أو الشم أو الذوق أو ما إلى ذلك .

وإذا كانت وسائل الرؤية هكذا غير محدودة بحدود البصر ، فإن الكفيف تتحقق له الرؤية بالوسائل المختلفة كاللمس أو الوصف الدقيق .

وبالإجمال فإن أى وسيلة توصل إلى معرفة صفات المعقود عليه فهى رؤية صحيحة تترتب عليها أحكام خيار الرؤية .

هذا وإن كانت معرفة الشئ لا تتحقق إلا برؤيته كله ، فلا تجزئ رؤية بعضه .

فمن إشترى دارا أو أثاثا فإنه لايستطيع أن يستدل بحجرة واحدة على حجرات الدار كلها ، ولايستغنى برؤية قطعة من الأثاث عن رؤية القطع كلها [1] .

وقد أفاد الفقهاء فى ذلك وبينوا أن المعتبر فى رؤية شئ وإختلافها عن رؤية شئ آخر إنما يرجع إلى إختلاف كل منها بحسب طبيعته والحاجة إليه وإستعماله .

التوكيل فى خيار الرؤية ، ووراثته :

إذا وكل شخص شخصا آخر فى شراء سلعة معينة فإن رؤية الوكيل تحل محل رؤية الموكل وتسقطها عند أبى حنيفة .

أما الصاحبان فإنهما يريان أن نظر الوكيل ليس كنظر الموكل ، ومن هنا يبقى خيار الرؤية للموكل حتى يطلع على الشئ المبيع .

وكذلك إذا وكل الشخص شخصا آخر فى تسلم السلعة التى يريد شراءها :

---

(١) جاء فى درر الحكام جـ ٢ / ١٥٨ : (لايكفى خارج الدار أو صحنها ، بل يجب رؤية جميع بيوتها وماروى من عدم الخيار لمن رأى صحن الدار أو خارجها فإنما هو على عادة القدماء فى الأبنية ، فإن دورهم يومئذ لم تكن متفاوتة ، فالنظر إلى الظاهر كان يوقع العلم بالداخل ، فأما اليوم فليس الأمر كذلك .

فالصاحبان يريان أن حق المشترى فى خيار الرؤية ثابت لايسقط برؤية الوكيل فى القبض لأنه وكيل فى القبض لا فى الشراء ولا فى الخيار وهو متصرف فى حدود ماوكل به لايتعداه إلى غيره .

فإذا كانت نيابة خاصة بالقبض فقط فهى مقصورة على القبض ولاتتعدى إلى الرؤية ، لأن القبض شئ والرؤية شئ آخر .

أما أبو حنيفة فإنه يرى أن رؤية الوكيل بالقبض تسقط إذا تسلم السلعة ناظرا إليها نظرة فاحصة ، وحينئذ ليس له ولا للموكل أن يردها ، لأن القبض حينئذ قبض تام يتضمن القبض والرؤية معا ، وتغنى رؤية الوكيل عن رؤية الموكل وتترتب عليه كل الآثار .

أما إذا قبض الوكيل السلعة دون نظر إليها ، ثم رآها بعد قبضها وأراد أن يسقط الخيار فإنه لايسقط ، لأنه إذا قبض السلعة مستورة - أى مخفية - فقد إنتهى التوكيل ، وسمى قبضه القبض الناقص ، وصار بعد ذلك أجنبيا عن الموكل [1] .

هذا عن التوكيل فى خيار الرؤية .

أما عن وراثته فإن بعض الحنفية يرون أن خيار الرؤية لايورث ، ويعللون لذلك بأن الخيار يثبت للعاقد ، والوارث ليس عاقدا فلا يثبت له .

(١) انظر درر الحكام (السابق) .

كما أن الخيار مجرد رغبة ومشيئة ، ومثل ذلك لاينتقل ولايكون محلا للتوريث .

كما أن معنى الخيار هو تخيير الإنسان بين الفسخ والإجازة ، ولا يتصور ذلك منه بعد موته [1] .

ويرى الشافعي أن هذا الخيار يورث ، وحجته في ذلك أن الإرث ما يثبت في الأملاك يثبت في الحقوق الثابتة بالبيع .

كما احتج أيضا بالظاهر في آيات المواريث حيث أثبت الله عز وجل الإرث في كل شئ تركة المتوفى ، والخيار متروك فيجري فيه الإرث ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "من ترك مالا أو حقا فلورثته" ، والخيار حق تركه ، فيكون لورثته ،ولأنه حق ثبت بالبيع فيجرى فيه الإرث كالملك الثابت ، لأن الإرث كما يثبت في الأملاك يثبت في الحقوق الثابتة بالبيع .

فسخ العقد وخيار الرؤية :

صاحب الحق في خيار يملك الحق في فسخ العقد بعد الرؤية باتفاق الفقهاء إعتمادا على الحديث : "من إشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه" .

---

(١) انظر البدائع جـ ٧ / ٣٣٠٤ .

أما قبل الرؤية فقد قال بعضهم إن الفسخ جائز قبل الرؤية إعتمادا على أن العقد مع عدم الرؤية عقد غير لازم ، والعقد إذا كان غير لازم فإنه يجوز فسخه ، حيث لم يحصل بين طرفيه إرتباط نهائى ، وهذا الراجح عند الحنفية .

وقال بعض الفقهاء إن الفسخ قبل الرؤية لايجوز ، لأن الفسخ مترتب على الرؤية ، أى أن المشترى يرى أولا ، ثم يقبل أو يرفض ، فكيف يتم القبول أو الرفض قبل الرؤية ؟!

وإذا كان إمضاء العقد قبل الرؤية لاعبرة له ، فإن فسخه قبل الرؤية لايجوز كذلك .

والرأى الذى نراه أن صاحب الحق فى الخيار يملك الحق فى الفسخ قبل الرؤية وبعدها .

فالعقد قبل الرؤية عقد لازم ، لأنه أشبه بعقد على مجهول ، وهو بعد الرؤية كذلك إذا ظهر فى محل العقد عيب يبرر لصاحب الخيار الحق فى الفسخ .

سقوط الخيار :

يسقط خيار الرؤية بمايسقط به خيار الشرط كالإجازة صراحة بالرضا

بالعقد ، والتصرف بما يدل على هذا الرضا ، وكذلك يسقط ببعض الأفعال الضرورية مثل موت المشترى ، وبهلاك المبيع كله أو بعضه .

ولايسقط هذا الخيار بالرضا قبل الرؤية ، فمن رضى بشئ ، قبل أن يراه فإن حقه فى الرد لم يسقط بد أن يراه .

خيار العيب :

يقصد بهذا الخيار تقرير الحق لأحد العاقدين فى فسخ العقد بسبب عيب ظهر فى المعقود عليه عند القبض ، ولم يكن العاقد عالما به وقت العقد ، ولم يرض به بعد العلم .

ولاخلاف بين الفقهاء بأن سلامة موضوع العقد مطلوبة للعاقد وإن لم ينصعليها صراحة فى العقد ..

ولهذا لايحل لأحد أن يبيع سلعة بها عيب دون أن يبينه للمشترى ، وفى هذا يقول الرسول صلى الله عليه وسلم : "لايحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب إلا بينه له" .

وإذن فإن حكم عقد البيع الذى يجب فيه خيار العيب للمشترى أن يثبت الملك للمشترى والثمن للبائع ، إلا أن هذا الملك غير لازم حتى يمكن للمشترى فسخ العقد إذا وجد بالشئ المبيع عيبا ، لأن سلامة المبيع شرط فى

العقد دلالة ، فما لم يكن البيع سليما لايلزم البيع ولايلزم حكمه .

ولأن الرضا أساس فى العقود كلها ، وهو يقوم على دعامة من سلامة محل العقد من العيوب ، فإنه إذا لم تتوفر هذه السلامة إختل الرضا ، والله سبحانه يقول : "ياأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم" [1] .

وفى مشروعية هذا الخيار يقول الرسول صلى الله عليه وسلم : "من اشترى شاة محفلة [2] فوجدها مصراة [3] فهو بخير النظرين ثلاثة أيام" [4] .

والنظران المقصودان هما أن يرضى المشترى فيمسك الشاة ، أو أن يردها إلى البائع ويعوضه قيمة اللبن الذى حلبه .

ولذلك فقد جاء فى رواية أخرى : "...... إن شاء أمسكها ، وإن شاء رد ، ورد معها صاعا من تمر" .

ولقد روى أيضا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بسوق المدينة فوجد رجلا يبيع طعاما ، فأدخل يده فيه فوجد بللا ، فقال : "ماهذا

---

(١) النساء / ٢٩ .

(٢) يعلق ضرعها باللبن .

(٣) قد حبس اللبن فى ضرعها مدة طويلة .

(٤) البخارى ، باب البيوع / ٦ ، ٧١ النسائى ، بيوع .

ياصاحب الطعام ؟ فقال الرجل : لقد أصابته السماء - أى المطر - فقال الرسول : فهلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس ؟ من غشنا فليس منا" (١).

وهذا الحديث يثبت أن خيار العيب قد شرع لمنع الغش والخلابة اللذين ينهى عنهما الإسلام .

كما أنه يتضمن حكما آخر هو وجوب إظهار البائع لعيوب سلعته حتى لايخدع بها الناس .

العقود التى يثبت فيها الخيار :

يثبت خيار العيب فى العقود التى تسمى عقود المعاوضات عقود البيع والإجارة والمزارعة ...... وغير ذلك .

أما العقود التى لايقصد منها المعاوضة فلايجوز فيها خيار العيب كالهبات والصدقات وغيرها .

وإذا كانت المعاوضة سلعة بسلعة فإن الخيار يثبت أيضا فى كلا العوضين ، فمن باع سيارة بسيارة فإن الخيار يثبت لكل من العاقدين - لأن كلا منهما - فى هذه الحالة - مشتر وبائع .

(١) مسلم ، إيمان / ١٦ ، الترمذى . باب البيوع / ٧٢ .

مايثبت بخيار العيب وشروط ذلك [1] :

ليس كل عيب يوجب الخيار للمشترى ، بل العيب الذى يؤدى إلى نقصان الثمن ، لأن الضرر الذى يلحق البائع - فى عرف التجار - هو نقصان الثمن والذى يلحق المشترى هو وجود عيب يخل بسلامة المبيع كالشروخ فى الأوانى ، والتشقق فى الجدران ، وشغل الأرض المبيعة بالزرع أو بالإجارة أو نحو ذلك .

ومن العيوب مايغتفر فى حق المبيع ، ولايكون ذا أثر فى لزوم العقد ، وهذا النوع من العيوب لايوجب نقصان الثمن ، ومن ثم فهو لايوجب الخيار .

أما الشروط التى يثبت بها خيار العيب فمنها :

١- ثبوت العيب عند البيع أو بعده قبل التسليم ، فلو حدث العيب بعد التسليم لم يثبت الخيار ، لأن العقد بعد القبض قد صار نافذا لازما ، وقد إنتقل المبيع إلى المشترى والثمن إلى البائع .

٢- جهل المشترى بوجود العيب عند العقد والقبض ، فإن كان عالما به ثم أقدم على العقد أو القبض كان راضيا بالعيب دلالة فلاخيار له ، وإقدامه على العقد أو على القبض يدل على رضاه ، وتحقق العلم بالعيب عند القبض كتحققه عند العقد .

(١) انظر تفصيل ذلك فى بدائع الصنائع جـ ٧ / ٣٣١٩ - ٣٣٢٥ .

٣- ومن الشروط أيضا أن يشترى المشترى دون أن يشترط البائع براءته من أى عيب يظهر فى المبيع ، فإذا إشترط ذلك وأبرأه المشترى ، فإنه يكون قد أسقط حقه فى الخيار ، وإذا ثبت العيب والمبيع لايزال فى يد البائع يتم فسخ العقد دون صاحبه إلى رضا البائع أو قضاء القاضى ، لأن الفسخ حينئذ لايفسر إلا على أنه إمتناع من المشترى عن تسلم الشئ المبيع ، وذلك حقه من غير شك ، لأن الصفقة قبل القبض ليست تامة من كل الوجوه .

٤- كما يشترط بقاء العيب عند القبض ، فلو كان العيب ، موجودا عند العقد ، وقد خفى على المشترى ، ثم زال عند القبض فلا يثبت عند الخيار .

فمن تعاقد على سيارة مثلا ، وكان بها عيب لم يعرفه المشترى ، ثم تلافاه البائع تماماقبل تسليمها له ، فالبيع صحيح والعقد لازم ، ولايثبت في هذه الحالة خيار للمشترى .

الفسخ والرد ونقصان المبيع [1] :

قد يكون المبيع فى يد البائع ، وقد يكون إنتقل إلى يد المشترى، فإن كان مايزال فى يد البائع فإن البيع ينفسخ بالعيب بمجرد قول المشترى (رددت

(١) انظر بالتفصيل فى بدائع الصنائع جـ ٥ / ٢٨٧ ، ط ثانية ، دار الكتاب العربى .

البيع) ، ولايحتاج ذلك إلى قضاء القاضى .

أما إذا كان فى يد المشترى فإنه لاينفسخ إلا بالتراضى أو قضاء القاضى .

ولكن إذا إمتنع الفسخ بسبب زيادة أو نقصان فى العين بعدإنتقالها إلى يد المشترى ، ففى هذه الحال لايكون لمن له الخيار حق الفسخ ، ولكن يكون له حق الرد بنقصان يعادل قيمة العيب الذى ظهر فى الشئ المبيع .

فإذا كان المبيع قماشا فقصه المشترى ، أو دقيقا فخبزه ، ثم إطلع بعد ذلك على عيب رجع على البائع بالنقصان ، لأن إمتناع الرد مع الزيادة التى زادها فى المبيع ليس من جهة المشترى وإن كان ظاهرا بسببه .

ومن الحالات التى يجوز للمشترى فيها الرجوع بنقصان العيب ما إذا إشترى خضرا أو فاكهة ، ثم وجد عيوبا فيما إشتراه ، ولكنه قد إنتفع ببعضه ، أو كسر بعضه حتى يعرف عيبه ، فإن له أن يرجع على البائع بنقصان الثمن ، إلا إذا رضى هذا بأخذ سلعته ، رغم ماحدث بها من تغيير ، وحينئذ يكون على المشترى رد السلعة لا الرجوع بالنقصان .

وفى مذهب مالك أنه لو علم بالعيب بعد البيع ، وكان المبيع بحالة لم تتغير ، فإن له الرد .

ومعنى هذا أنه لو تصرف هكذا بعد العلم فليس له الرد .

وعند ابن حنبل أن المشترى لو أتلف أو إستهلك المبيع أو وقفه أو رهنه غير عالم بالعيب ثم علم به فله نقصانه لتعذر الرد .

مايسقط به الخيار :

يسقط خيار العيب بعد ثبوته بأحد الأسباب الآتية :

١- الرضا بالعيب بعد العلم به ، وقد يكون هذا الرضا صريحا بالقول المباشر ، أو ضمنا بالتصرف المفيد للرضا فهذا الرضا بقسميه يسقط الخيار ويبطل حق الرد .

٢- أن يسقط المشترى حقه فى الخيار إسقاطا صريحا أو ما هو فى معنى الصريح كأن يقول : أسقطت الخيار أو أوجبت البيع أو نحو ذلك .

ومن هذا القبيل أن يبرئ المشترى البائع ممايحتمل ظهوره من عيوب فى المبيع ، لأن الإبراء إسقاط ، والإسقاط من حق المشترى .

٣- هلاك المبيع أو نقصانه فى يد المشترى ، إذ يتعذر بعد ذلك رده إلى البائع ، فإنه إن كان هالكا فلا مجال للرد ، وإن كان ناقصا فقد خرج عن ملك البائع معيبا بعيب واحد ، وهو يعود إلى ملكه معيبا بعيبين .... فينعدم الرد .

ومما يجدر ذكره - فى وراثة الخيار - أن الشافعية يورثون كل الخيارات

على إعتبار أنها حقوق تنتقل من المتوفى إلى ورثته

بينما لايورث الحنفية إلا الحقوق المالية فقط .

فهم إذن يورثون خيار العيب والتعيين على هذا الإعتبار ، ولا يورثون

خيار الشرط والرؤية لخروجهما عن صفة الحقوق المالية .

وبإنتهاء الكلام عن خيار العيب ينتهى الكلام عن الخيارات التى

إخترنا الحديث عنها بوجه عام .

انتهاء العقد

ينتهي العقد نهاية اختيارية بإرادة عاقد واحد أو إرادة العاقدين كليهما .

فإذا كان الإنهاء بإرادة العاقدين سمي في اصطلاح الفقهاء (فسخا) ، وإذا كان برضا العاقدين كليهما سمي " إقالة " .

وفي السطور التالية نعرض للفسخ وانتهاء مدة العقد سببين من أسباب انتهاء العقد .

أما الإقالة فإننا سنعرض لها في الفصل التالي :

الفسخ :

هو حل ارتباط العقد ورفع حكمه بالإرادة ، ويقع هذا الفسخ في العقود غير اللازمة بطبيعتها كعقد الوكالة والوديعة والشركة ونحوها .

كما يقع الفسخ في العقود اللازمة بإتفاق الطرفين ، أو كان في هذه العقود خيار الفسخ لكل من الطرفين أو أحدهما ، فيفسخ العقد بإرادة من له الخيار .

آنتهاء مدة العقد :

وقد أشرنا - قبل ذلك - إلى أن هناك بعض العقود مؤقتة معين ، وقد يتفق على إنتهاء مدة العقد بإتفاق الطرفين أو بإنتهاء العمل الذى عقد العقد لأجله .

فعقد الإجازة مثلا ينتهى بإنتهاء مدة الإجازة ، فمن استأجر بيتاً للسكنى أو أرضا للزراعة لمدة معينة ، فإن العقد ينتهى تلقائيا بإنتهاء هذه المدة .

وقد تمتد هذه المدة لعذر يقتضى امتدادها كما وجد زرع فى الأرض المؤجرة فيحتاج المستأجر الى مدة أخرى ليحصد زرعه ..

أو استأجر صياد سفينة لمدة معينة ، إنتهت هذه المدة دون أن يصل الى الساحل ، فهو أيضا يحتاج الى مدة إضافية حتى يصل الى الساحل .

كما تنقضى الإجارة لعمل معين بانتهاء العمل المعقود عليه فى إجازه الأشخاص ، كاستئجار شخص لتنظيف البيت ، أو استئجار خادم لغسل الملابس وهكذا .

أسباب إنتهاء العقد نهاية ضرورية :

الأسباب السابقة كانت أسبابا اختيارية بإرادة أحد الطرفين أو باتفاق الطرفين كليهما ..

لا توجد الصفحات

٢٨٥ - ٢٨٦



وقال الحنفية : لو غصبت العين المستأجرة من يد المستأجر سقط الأجر كله فيما إذا غصبت فى جميع المدة ، وإن غصبت فى بعضها سقط بحسابها (١) .

وقد صرح المالكية بأن الإجارة تنفسخ بتعذر مايستوفى منه المنفعة ، والتعذر أعم من التلف ، فيشمل الضياع والمرض والغصب وغلق الحوانيت قهرا وغير ذلك (٢) .

---

(١) حاشية ابن عابدين ٥ / ٨ .

(٢) الشرح الصغير للدردير ٤ / ٤٩ .

الفصل الخامس

إقالة العقد

مباحث الفصل :

- التعريف بالإقالة .
- الإقالة بين الفقه الإسلامى والفقه الوضعى .
- آثار إختلاف الفقه فى تكييف الإقالة .
- محل الإقالة .

إقالة العقد

المبحث الأول

معنى الإقالة

حول هذا المعنى نذكر الحديثين الآتيين :

- "البائع والمتباع بالخيار حتى يتفرقا ، إلا أن تكون صفقة خيار ، ولايحل أن يفارقه خشية أن يستقيله" (1).

- "من أقال مسلما أقال الله عثرته" (2).

ولهذين الحديثين دلالتهما الشرعية، فهما يبينان أن الأساس فى التعاقد الوفاء مصداقا لقوله تعالى: "**يايها الذين آمنوا اوفو بالعقود**" (3).

ولكن القرآن إذا كان قد حث على الوفاء باليمين ، فقد فرض تحلة الأيمان حتى لايقع الحالف فى الحرج ، أو مايلجأ إلى محظور .

والإسلام الذى دعا إلى الوفاء بالعقود قد جعل فرصا شرعية للتحلل منها باشتراط الخيار والإستقالة وغير ذلك

ومن هنا كان معنى الإقالة فى اللغة متفقا مع معناها فى الإصطلاح :

فهى فى اللغة: الرفع .. يقال: "تقايل البيعان" أى تفاسخا الصفقة.

---

(1) نيل الأوطار جـ ٦ / ٢٣٦ .

(2) سبل السلام جـ ٣ / ٨٧ .

(3) المائدة / ١ .

وهى فى الإصطلاح : رفع لعقد سابق بين متعاقدين وإلغاء لحكمه آثاره .

وهى بهذا الفهم تتفق مع ماهو معرف من السماحة فى التعامل بين المسلمين ، حيث يقول الرسول صلى الله عليه وسلم : "رحم الله رجلا سمحا إذا باع وإذا إشترى وإذا إقتضى" .

مشروعية الإقالة :

حث رسول الله على قبول الإقالة من طالبها بقوله : "من أقال مسلما أقال الله عثرته" (١) .

والحديث هنا لايقصر الإقالة على البيع والشراء أو على مجموعة من العقود ، ولكنه يحث عليها فى كل مجالات الحياة .

وأما كون طالب الإقالة مسلما فليس بشرط ، ولكنه ذكر فى الحديث لكونه حكما أغلبيا .

وإلا فإن ثواب الإقالة ثابت فى إقالة غير المسلم ، وقد ورد الحديث بلفظ "من أقال نادما" (٢) .

---

(١) مطالب أولى النهى جـ ٣ / ١٥ .

(٢) أخرجه البزاز فيما رواه أبو هريرة .

وإذا كانت الإقالة فى البيع والشراء هى موافقة البائع على نقض البيع ، فإن لفظ (أقيلوا) فى قول الرسول "أقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم" مأخوذ من هذا المعنى .

والأحاديث تدل على مشروعية الإقالة ، وعلى أنها مندوب إليها ، لأنها تربط قبولها بالثواب فى الآخرة .

وقد تأخذ الإقالة حكم الوجوب إذا كانت بعد عقد مكروه أو بيع فاسد .

فإن البيع إذا وقع فاسدا أو مكروها وجب على كل من المتعاقدين الرجوع إلى ماكان له من رأس المال صونا لهما عن المحظور ولايكون ذلك إلا بالإقالة .

وكذلك تكون الإقالة واجبة إذا كان البائع قد غر المشترى وكان الغبن يسيرا .

أما إذا كان الغبن فاحشا فإنه يوجب الرد حتما .

الإقالة بين الفقه الإسلامى والفقه الوضعى

تنعقد الإقالة باللفظ الصريح ، كما تنعقد بألفاظ مرادفة لها ، كما لو قال المشترى مثلا : تركت البيع ، وقال الآخر ، رضيت أو أجزت .

أو قال أحدهما : فاسختك ، وتاركت ، كما إتضح أيضا بلفظ المصلاحة ، لأنه [illegible] ام قد أدى المعنى فهو المقصود ، وكل مايتوصل به إلى المعنى أجزأ [١] .

وهذا على خلاف من قال بأن مايصلح للمحل لا يصلح للعقد ، ومايصلح للعقد لايصلح للمحل .

فلا تنعقد الإقالة عندهم بلفظ البيع ، كما لا ينعقد البيع بلفظ الإقالة [٢] .

الإقالة بغير الألفاظ :

تحدثنا - فماسبق - عن العقد بالتعاطى ، وهو العقد الذى ينعقد من غير تلفظ بألفاظ .

ونقول هنا : إن الإقالة أيضا تنعقد بغير اللفظ ، وتصح كذلك بالكتابة ، وبالإشارة من الأخرس .

---

(١) شرح العناية على الهداية جـ ١ / ٤٨٧ ، كشاف القناع جـ ٣ / ٢٠٤ .

(٢) الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف جـ ٤ ، كتاب البيع / ٤٧٦ .

وينعقد لها - كذلك - مجلس كسائر مجالس العقود فيه إيجاب وقبول ، فإذا وجد الإيجاب من أحدهما ، ووجد القبول من الآخر بلفظ صريح أو لفظ يدل على المعنى فقد تم الركن .

الإيجاب والقبول فى الفقه الغربى [1] :

من شأن الإقالة فى الفقه الغربى إزالة العقد ، وهو يزول بإيجاب وقبول متطابقين على إلغائه .

ولقد قررت إحدى محاكم النقض إن التقايل كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يكون بإيجاب وقبول ضمنيين

ويحسب محكمة الموضوع إذا قالت بالفسخ الضمنى أن من الوقائع والظروف ماإعتبرته كاشفا عن إرادتى طرفى التعاقد وإن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان على حل العقد [2] .

وإذا كان العقد إتفاقا ينشئ الإلتزام ، فإن الإقالة إتفاق يزيله .

وإذا كان العقد الذى حصلت الإقالة منه عقدا شكليا كالهبة والرهن الرسمى ، فإن الإقالة لاتتم إلا بنفس الشكل الذى أنشأ العقد .

(١) انظر مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ، د/ عبد الرازق السنهورى جـ ٦ / ٢٤٤ .
(٢) الإلتزامات ، د/ محمد كامل مرسى جـ ١ / ٦٢٥ .

ومعنى ذلك أن العقد إذا تم بورقة رسمية ، فلابد للإقالة أيضا من ورقة رسمية

والإقالة محلها إلغاء الإلتزامات التى نشأت من العقد ، وسببها هو الباعث الذى دفع المتقايلين للإلغاء .

موازنة عامة بين الإقالة فى الفقهين الإسلامى والغربى [1] :

أولا من حيث طبيعة كل منهما :

(١) تنعقد الإقالة فى كل منهما بإيجاب وقبول جديدين ، فلايستقل أحد المتعاقدين بالإقالة بإرادته المنفردة إلا إذا سبق إتفاق بإرادتين متطابقتين .

(٢) الإقالة – فى الفقه الإسلامى – لاتصح إذا لم يكن المبيع بمحل الفسخ بسائر أسبابه .

(٣) عند التقايل لابد من تقابض البدلين فى الصرف فى الفقه الغربى ، ولابد من قيام المبيع وقت الإقالة فى الفقه الإسلامى .

ثانيا من حيث الأثر :

القاعدة فى الفقه الغربى أن الإقالة ليس لها أثر رجعى ، ولايكون لها

(١) مصادر الحق (السابق) ص ٢٥٣ – ٢٥٤ .

هذا الأثر إلا بإتفاق المتقايلين ، ولايمتد الأثر الرجعى حتى عند الإتفاق إلى التسجيل وإلى العقود الزمنية وإلى العلاقة بالغير .

أما فى الفقه الإسلامى فقد رأينا فى بعض الإتجاهات الفقهية تعد الإقالة فسخا ، ويعدها البعض الآخر بيعا جديدا .

والفرق بين الإعتبارين أن الفسخ رفع لحكم البيع الأصلى بأثر رجعى فكأن البيع لم يكن .

أما فى البيع الجديد فيبقى البيع الأصلى ، ثم يعود البيع إلى البائع بعقد جديد بحكم الإقالة ، فلايكون للإقالة أثر رجعى .

المبحث الثالث

آثار إختلاف الفقهاء فى تكييف الإقالة

طبيعة الإقالة عند الفقهاء :

للإقالة عند الفقهاء إعتباران :

الأول : أنها تعد بالنسبية إلى العاقدين المتقايلين فسخا محضا ينحل به العقد ، ويرجع بالعاقدين إلى حالتهما الأولى .

الثانى : أنها تعد بالنسبة للشخص الثالث عقداً جديداً كأنه بيع وذلك لطيانة حقوقه المكتسبة من الحيل التى قد يلجأ إليها المتعاقدان [1] .

وبين هذين الإتجاهين تفصيلات نجمل أبرزها فيمايلى :

فقد حكى عن أبى حنيفة أن الإقالة فسخ فى حق المتعاقدين ، وبيع فى حق غيرهما ، سواء أكان قبل القبض أم بعده .

وقد إستدل ابن المنذر [2] على عدم إعتبار الإقالة بيعا بإجماع المسلمين وعلى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وفى ذلك دليل على أن الإقالة ليست بيعا ، ولأنها تجوز فى المسلم فيه قبل قبضه .

---

(١) انظر تفصيل ذلك فى : بدائع الصنائع جـ ٧ ، كتاب البيوع / ٣٤٠ ، المغنى جـ ٤ / ١٢٥ ، الشرح الصغير جـ ٢ / ٨٤ ، الأم للشافعى جـ ٣ / ٦٧ .

(٢) انظر المغنى لابن قدامه جـ ٤ / ١٣٥ .

ولأنها أيضا تتقدر بالثمن الأول ، ولو كانت بيعا لم تتقدر به .

واحتج بعض القائلين بأن الإقالة ليست بيعا بأن رسول الله صلى الله عليه وسلمسماها باسم "الإقالة" واتبعه المسلمون على ذلك ، ولم يسمها عليه السلام بيعا

والتسمية فى الدين لاتؤخذ إلا عنه عليه السلام فلايجوز أن تسمى بيعا

الإقالة بين الفسخ والبيع :

حيث رأينا للإقالة إعتبارين – عند الحنفية – إعتبارا على أنها بيع جديد ، وإعتبار آخر على أنها فسخ للعقد

فإن لكل إعتبار حجة نعرضها فيمايلى :

من حيث كونها بيعا :

أن معنى البيع مبادلة المال بالمال ، وهو أخذ بدل وإعطاء بدل ، وقد وجد ذلك ، فكانت الإقالة بيعا لوجود معنى البيوع فيها ، والعبرة للمعنى لا للصورة ، ولهذا أعطى حكم بالبيع فى كثير من الأحكام ، فيبطل بهلاك السلعة ، ويرد بالعيب ، وتثبت به الشفعة ... وهذه أحكام البيع .

فكل ما لايجوز بيعه لاتجوز إقالته ، وعلى هذه الرواية لاتجوز الإقالة عند أبى يوسف فى المنقول قبل القبض لأنه لايجوز بيعه [1] .

من حيث كونها فسخا :

حجة هذا الإعتبار – هو وجد قول أبى حنيفة وقول زفر فى تقرير معنى الفسخ – أن الإقالة فى اللغة عبار عن الرفع .

يقال فى الدعاء : اللهم أقلنى عثراتى أى إرفعها ، والأصل أن معنى التصرف شرعا ماينبئ عنه اللفظ لغة .

ورفع العقد فسخه ، ولأن البيع والإقالة إختلفا إسما فيختلفان حكما ، فإذا كانت رفعا فإنها لاتكون بيعا .

ذلك لأن البيع وإثبات والرفع نفى ، وبينهما تناف ، فكانت الاقالة على هذا التقدير فسخا محضا فتظهر فى حق كافة الناس .

آثار إختلاف الفقهاء :

(١) الإقالة بأقل أو أكثر من الثمن :

والكلام عن هذه النقطة يتعلق بإعتبار الإقالة من حيث كونها فسخا أو بيعا :

فعلى الإعتبار الأول – وهو كونها فسخا – إذا تقايل المتبايعان ولم

---

(١) البدائع جـ ٧ ، كتاب البيع / ٣٣٩٤ البحر الرائق جـ ٦ / ١١٠ .

يسميا الثمن الأول ، أو سميا زيادة على الثمن الأول .. فإن الإقالة تكون على الثمن الأول .

وتكون تسمية الزيادة باطلة ، سواء أكانت الإقالة قبل القبض أو بعدها ، وسواء أكان البيع منقولا أم غير منقول ، لأنه على إعتبار الإقالة فسخا فى حق العاقدين ، فإن الفسخ رفع للعقد ، وقد وقع العقد بالثمن الأول ، فيكون فسخه بالثمن الأول ضرورة لأنه فسخ لذلك العقد .

وعلى رعتبار الإقالة بيعا فإنها يتجوز بأكثر أو أقل من الثمن الأول ، لأن الأصل هو البيع عند أبى يوسف ومالك والشافعى .

فإن الإقالة إذا دخلتها الزيادة والنقصان فهى بيع مستأنف ، ولاحرج فى أن يبيع الإنسان الشئ بثمن ثم يشتريه بأكثر منه . فمن باع شيئا بمائة جنيه مثلا إلى أجل ، ثم ندم فسأل المشترى أن يرد إليه المبيع ، ويدفع له نظير ذلك عشرة جنيهات نقدا أو إلى أجل أن ذلك يجوز ، وأنه لابأس بذلك ، لأن البائع الأول قد إشترى المبيع بالمائة التى وجبت له ، وبالخمسة التى زادها نقدا أو إلى أجل .

وأما إذا ندم المشترى – فى هذه المسألة – وسأل الإقالة على أن يعطى البائع عشرة جنيهات نقدا أو إلى أجل أبعد من الأجل الذى وجبت فيه المسألة فقد قال مالك : لايجوز ، لأن ذلك وسيلة إلى الربا وقال الشافعى : يجوز لأنه شراء جديد .

المبحث الرابع

محل الإقالة [1]

تكون الإقالة فى العقود اللازمة لكل من الطرفين ، وذلك لأن الإقالة ترفع العقد أو تفسخه كما عرضنا سابقا .

وذلك لايكون إلا بإتفاق الطرفين المتعاقدين ، وعلى ذلك فإن الإقالة تكون فى العقود الأتية :

البيع - المضاربة - الشركة - الرهن [2] - السلم - الصلح - الكراء .

وأما العقود التى لاتصح فيها الإقالة فقد روى عن أبى يوسف أن كل ما لايجوز بيعه لاتجوز إقالته .

وعلى هذه الرواية فإنه لاتجوز الإقالة عنده فى المنقول قبل القبض لأنه لايجوز بيعه .

ولاتجوز فى الجعالة لأنها عقد جائز من الطرفين لكل واحد منهما فيسخها متى شاء كسائر العقود الجائزة .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع جـ ٧ / ٣٣٩٦ ، المدرنة جـ ١٢ ، كتاب الوكالات / ٨٣ ، مختصر المزنى على الأم جـ ٢ / ٢٠٨ ، مغنى المحتاج جـ ٢ / ٤٣٣ .

(٢) والإقالة موقوفة علي إجازة المرتهن أو قضاء الرأهن دينه .

أمـــا من جهة الملتزم فلأنها تعليق استحقاق بشرط فأشبهت الوصية

وأما من جهة العامل فلأن العمل فيها مجهول فأشبهت القراض .

ولا تجوز الإقالة فى الوقف على جهة من الجهات ، لأنه عقد لا يجوز فسخه بإقالة ولا غيرها [١] .

وفـــى القـــانون نجد أن الفسخ يفترض فيه وجود عقد ملزم للجانبان يتخلف فيه أحد العاقدين عن الوفاء بالتزامه ، فيطلب من الآخر فسخه .

فيصـــح فـــى البـــيع والمقايضـــة والقـــرض والعادية ورهن الحيازة والصلح ، لأن هذه العقود من العقود الملزمة للجانبين [٢] .

ولكـــن لا يكـــون الفسخ فى الكفالة والوديعة إذا لم تكن بأجر ولا فى الهبة إذا كانت بغير عوض ، لأنها من العقود الملزمة لجانب واحد .

ما يبطل الإقالة :

من الأحوال التى تبطل فيها الإقالة بعد إحداثها ما يأتى :

(١) هلاك المبيع : لأن من شروط الإقالة بقاء المبيع ، بخلاف غلاء الثمن فإنه لا يمنعها لكونه ليس بمحل العقد .

---

(١) حكم الوقف ، الندب لأنه من قبيل البر وفعل الخير (الشرح الصغير جـ٤/٩٤).
(٢) الالتزامات د/محمد كامل مرسى /٦٢٨ .

(٢) تعذر جعل الإقالة بيعا وفسخا : فإذا تقايلا فى المنقول قبل القبض على خلاف الجنس الأول بطلت الإقالة، ويبقى البيع الأول على حاله .

لأن الفسخ لايكون على خلاف الثمن الأول ، والبيع لايجوز قبل القبض ، وبالأقل من الثمن يكون فسخا بالثمن الأول ، لأنه سكوت عن بعض الثمن ، وهو لو يكت عن الكل كان فاسخا ، فكذا إذا سكت عن البعض [١] .

(٣) لاتصح الإقالة من أحد العاقدين مع غيبة الآخر ولو قال : أقلنى ، ثم غاب ، فأقاله فى غيبته لم تصح مطلقا ، لإعتبار رضاء وحال الغائب مجهول [٢] .

(٤) تغير المبيع : وإذا زاد المبيع زيادة منفصلة بعد القبض تكون الإقالة باطلة ، أما المنفصلة قبل القبض والمتصلة بعدالقبض فلاتمنع الإقالة [٣] .

---

(١) مجمع الأنهر جـ ٢ ، كتاب البيوع / ٥٥٦ .
(٢) كشاف القناع جـ ٣ / ٣٠٤ .
(٣) التاج المذهب جـ ٢ ، كتاب البيع باب الإقالة / ٤٧٨ .

الإقالة والشفعة :

يقتضى القياس ألايكون للشفيع حق الشفعة فيما رد بالإقالة إذا اعتبرت هذه الإقالة فسخا مطلقا .

فعلى اعتبار أن الإقالة فسخ فى حق العاقدين بيع فى حق ثالث كما هو عند أبى حنيفة ، أو على اعتبار أنها بيع فى حقهما كما هو عند أبى يوسف فإن الشفيع يأخذ بالشفعة بعد تقابل البيع بين البائع والمشترى فمن اشترى دارا ولها شفيع فسلم الشفعه ، ثم تقايلا البيع أواشتراها ولم يكن بجنبها دار ، ثم بنيت بجنبها دار ثم تقايلا البيع فإن الشفيع يأخذها بالشفعة .

التزام الشفيع بالشفعة واقالته منها :

أجمع الفقهاء على ثبوت الشفعة للشريك فى العقار مالم يقسم ، وقد ثبت حق الشفيع بمثل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : " الشفعة فى كل شرك فى أرض أو تربع أو حائط لايصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع ، فان أبى فشريكه أحق به حتى يؤذنه " (١) وهذا الحديث يثبت حقا للشريك .

وقد قال العلماء الحكمة فى ثبوت الشفعة إزالة الضرر عن الشريك وخصت بالعقار لأنه أكثر الأنواع ضررا .

(١) صحيح مسلم بشرح النووى جـ١١ باب الشفعة .

وإذا كان حق الشفيع قد ثبت بمقتضى ذلك ، أو قضى له القاضى بالشفعة بثمن مسمى ، فإنها تعبير لازمة لايتخلص منها إلا برضا المشترى أو يحدث فى الدار عيب .

الإقالة والشفعة فى القانون :

أثير موضوع الإقالة أمام المحاكم المصرية بمناسبة الشفعة فيما إذا حصل بين البائع والمشترى إقالة برضائهما : هل يسقط حق الشفيع فى الشفعة الثابت له بسبب البيع الذى ترتبت عليه الإقالة .

فقد قضى بأن حق الشفعة يولد بمجرد حصول البيع فتقابل البائع والمشترى بعد ذلك لايسقط هذا الحق ، لأن التقابل لايؤثر فى حقوق الغير خصوصا إذا كان الغرض الهروب منها .

فبالنسبة إلى الشفيع لايسقط حقه فى الشفعة الثابت له بسبب البيع الذى ترتب عليه التقابل ، بل إن حق الشفعة يتجدد للشفيع إذا كان قد سقط فى البيع الأول لاعتبارها بالنسبة اليه بيعا جديدا .

الإقالة بين الشفيع والمشترى :

لوكانت الدار فى يد المشترى فقضى بها عليه ، ثم ردها الشفيع على البائع فهو جائز ، والشفيع والمشترى بريئان منه فى قول أبى حنيفة .

ومعنى هذا أن القاضى إذا قضى بحق الشفيع فإن ملكه لايتأسس على ملك المشترى ، وإنما هو يقوم مقام فى الإقالة مع البائع .

والإقالة إنما تملك بملك المبيع لابمجرد العقد قياسا على أن الوارث يملك الإقالة بعد موت المورث لأنه يخلفه فى ملكه .

وإذا قام الشفيع مقام المشترى فى الملك بقضاء القاضى ملك الإقالة مع البائع .

غير أن المشترى لايخرجها من يده حتى يرد عليه البائع الثمن كما لو كان هو الذى أقاله بنفسه ، وهذا لأنه بعدما انفسخ عقده يكون حالة فى الحبس كحال البائع عند العقد ، وقد كان للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن فكذلك المشترى بعد الفسخ (١) .

ولو قايل المشترى البائع - أى طلب منه إقالته - أو لو رد المبيع عليه بعيب ، فان للشفيع أن يفسخ الإقالة والرد بالعيب ويأخذه لأن حقه سابق على ذلك كله ، فقد ثبت بالبيع فينقضى فسخ البيع إذا أخذ الشفيع بالشفعة (٢) .

---

(١) انظر المبسوط للسرخى جـ١٤ كتاب الشفعة / ١٠٩ .

(٢) المهذب للشيرازى جـ١ كتاب / ٢٨٦ .

الإقالة فى عقد السلم

السلم - كما نعرف - بيع آجل بعاجل [1] ، أوهو " بيع معلوم فى الذمة محصور بالصفة بعين حاضرة ، أو ماهو فى حكمها إلى أجل معلوم [2] فإذا لم يسلم رب الشئ المبيع إلى المشترى ..

فهل يجوز له أن يبيعه لغير المسلم إليه قبل قبضه ؟

أختلف العلماء فى الشراء برأس مال السلم من المسلم اليه شيئا بعد الإقالة لايجوز قبل الإقالة

من العلماء من لم يجز هذه (العلمية) أصلا ، ورأى أن الإقالة فى السلم قد تكون ذريعة إلى تجويز مالايجوز ..

فلقد روى عن أبى سعيد الخدرى قول الرسول صلى الله عليه وسلم : " من أسلف فى شئ ما لا يصرفه إلى غيره " [3] .

أى أن صرف رأس مال المسلم إلى الغير لايكون إلا بفسخ المسلم فى المسلم إليه ..

ونفهم من ذلك أن طرفى السلم (المسلم والمسلم إليه) إن تقايلا السلم - أى اتفقا على الرجوع فيه - لم يكن لرب السلم أن يشترى من المسلم إليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله .

---

(١) شرح فتح القدير . لابن الهمام جـ٥ / ٣٢٣ .

(٢) الجامع الأحكام القرآن للقرطبى جـ٣ / ٢٤٤ .

(٣) أخرجه أبو داود نصب الراية جـ٢ / ١٤٤ .

وهذا هو مضمون فتوى صدرت حديثاً [1] تقول : لايجوز لرب السلم أن يبيع سلعا من جنس ما أسلم فيه دون أن يربط في بيع السلم بين ما أسلم فيه في العقد الأول ، وبين ما التزم به في العقد الآخر .

ولايجوز اتخاذ هذا العمل تجارة ، لأن السلم أجيز استثناء من القواعد الأصلية لحاجة المنتجين ، ويسدها جواز السلم كحالات فرديه دون الاتجار به .

فإذا وجدت ظروف اقتصادية في بعض البلاد الإسلامية ومصلحة كبرى تدعو الى الاتجار به في حالات خاصة دفعا لظلم واقع جاز ذلك لهذه المصلحة الكبرى التي تقدرها هيئات الفتوى والرقابة الشرعية .

ومن العلماء من أجاز ذلك وحجتهم في ذلك أنه بالإقالة قد ملك رأس ماله ، فإذا جاز له أن يشترى به ما أحب ، والظن الردئ بالمسلمين غير جائز [2] .

الإقالة في بعض المسلم فيه :

قد يتفق الطرفان في السلم على الإقالة في بعض المسلم فيه لافي الكل .

فالمشترى اذا أعفا البائع من تسليم كل السلعة ، فإنه يسترد بعض المال المدفوع في مقابل بعض السلعة التي لم تسلم .

---

(١) ندوة البركة المنعقد في تونس نوفمبر سنة ١٩٨٤ .
(٢) الأم للشافعي جـ٣ / ٦٧ - ٦٨ .

و تعد الإقالة على هذه الصورة من باب (المعروف الحسن الجميل) .

فلقد روى عن ابن عباس فى السلم يحل فيأخذ بعضه ويأخذ بعض رأس ماله فيما بقى أنه قال : " هذا المعروف الحسن الجميل " .

ولذا كان جواز الإقالة فى كل المسلم فيه متفقا عليه بين الفقهاء [١] وقد جاء فى " بدائع الصنائع - للكاسانى " [٢] أن الطرفين إن تقابلا السلم فى بعض المسلم فيه ، فإن كان بعد حل الأجل جازت الإقالة فيه بقدرة إذا كان الباقى فى الجزء معلوم كالنصف والثلث ونحو ذلك .

ويستأنس لجواز الإقالة فى بعض المسلم يه بمارواه الربيع بن حبيب حيث يقول : كنا نختلف إلى السواد فى الطعام وهو أكداس قد حصد فنشتريه منهم وننقد أموالنا ، فإذا أذن لهم العمال فى الدارس فمنهم حق بقى لنا بما سمى لنا ، ومنهم من يزعم أنه نقص طعامه ، فيطلب إلينا بقدر مانقص من رءوس أموالنا ..... فسألت ابن سيرين فقال : إن كانت دراهمك بأعيانها فلابأس ، وسألت عطاء فقال : ماأراك إلا قد رفقت وأحسنت اليه [٣] .

---

(١) إعلاء السنن جـ١٤ كتاب البيوع ٤٢٢ .

(٢) جـ٧ كتاب البيوع / ٣١٨٠ .

(٣) المحلى لابن حزم جـ٩ / ٥ .

مايبطل الإقالة :

تبطل الإقالة فى أحوال نواجز أهمهافيما يلى :

(١) هلاك المبيع : لأن من شروط الإقالة بقاء المبيع الذى وقع العقد عليه ، وهو (محل العقد).

فإذا هلك المبيع فقد هلك محل العقد ، فلم يعد هناك مجال الإقالة فى شئ .

وهذا بخلاف هلاك الثمن ، فإنه لايمنع الإقالة لكونه ليس محلا للعقد ، فالمحل شرط والثمن سابق على الشرط ، ولذا فإن البيع يبطل بهلاك المبيع قبل القبض لابهلاك الثمن .

وهلاك المبيع قيد فى بطلان الإقالة ، فإنه لو باع صابونا رطبا ثم تقابلا بعد ماجف فنقص وزنه لايجب على المشترى شئ لأن كل البيع باق لم يهلك ولم يتلف وإن كان نقص وزنه بعد جفافه .

(٢) تغير حال المبيع : فإذا تغيرت ذات العقار المبيع ، أو تغيرت الدابة بأن كانت سمينة فهزلت ، أو كانت هزيلة فسمنت ..

فإن هذا التغير يمنع الإقالة [1] .

وإذا زادت المبيعة زيادة منفصلة بعد القبض تكون الإقالة باطلة .

---

(١) الخرشى على مختصر خليل جـ٥ / ٨٤ .

أمـا المنفصلـة قبـل القبـض والمتصلـة بعـد القبـض فلا تمنـع الإقالـة [1] .

(٣) لاتصح الإقـالة من أحـد العـاقـدين مع غـيـبـة الآخر ، فلو قـال أحدهما : أقلنى ، ثم غاب فأقاله فى غيبته لم تصح مطلقا لاعتبار رضاه ، وحال الغائب مجهول كما لا تصح مع موت متعاقدين أو أحدهما كخيار المجلس وخيار الشرط [2] .

(٤) من شرط الإقالة أن لايدخلها زيادة ولانقصان ، فإن دخلها زيادة أو نقصان كان بيعا من من البيوع ، و... يها مايدخل البيوع .

أى أنها تفسد بما يفسد بيوع الآجال .

ولو شرط خلاف الثمن فى الصفة وأتى الشرط على جهة الشرط المحصن كأن يقول : زدت كذا أو نقصت كذا بطلت الإقالة [3] .

وقد يقع الاختلاف بين طرفى الإقالة على صحة البيع أو كيفيته أو على الثمن أو على الإقالة من أساسها ...

وحينئذ يحلف كل منهما على مايقول ، أو يقدم المدعى بينة على مايدعى والمروّى فى هذا الباب حديثان :

---

(١) التاج المذهب جـ٢ ، كتاب البيع / ٤٧٨ .

(٢) كشاف القناع جـ٣ / ٣٠٤ .

(٣) بداية المجتهد جـ٣ كتاب السلم الثانى / ٢٦٣ .

أحدهما حديث ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " إذا اختلف البيعان والسلعة كما هي فالقول ماقال البائع أو يترادان " (١) .

والثاني حديث أبي هريرة عن النبي صلى اله عليه وسلم :

" إذا اختلف البيّعان تحالفا وترادا " (٢) .

أي يحلف كل منهما ، ويرد البائع الثمن إلى المشتري ، ويرد المشتري السلعة إلى البائع .

هذه أهم أحكام (الإقالة) ، وقد أوردنا في هذه الدراسة لاتصالها الوثيق بأحكام العقود .

والحمد لله رب العالمين ....

---

(١) البيهقي جـ٥ / ٣٣ .

(٢) السابق .

فهرس الموضوعات | الصفحة